

Hvordan praktiseres reglene om barns uttalerett i Høyesterett?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 653
Leveringsfrist: 25. November. 2010

Til sammen 15 978 ord

18.11.2010

INNHOLDSFORTEGNELSE.

<u>1</u>	<u>INNLEDNING/AVGRENSNING</u>	<u>IV</u>
<u>2</u>	<u>DEL 1</u>	<u>VI</u>
2.1	INNLEDNING.....	VI
2.2	BARNEKONVENSJONEN.	VII
2.2.1	Hvordan barnets mening kommer frem.	X
2.2.2	Vektleggingen.	XII
2.3	BARNELOVEN §31.....	XIV
2.3.1	Vektleggingen.	XV
2.3.2	Hvordan barnets mening kommer frem.	XVI
2.4	BARNEVERNLOVEN § 6-3.	XVIII
2.4.1	Vektleggingen.	XIX
2.4.2	Hvordan barnets mening kommer frem.....	XIX
<u>3</u>	<u>DEL 2</u>	<u>XXII</u>
3.1	HVORDAN REGLENE OM BARNETS UTTALERETT BLIR ANVENDT I HØYESTERETT.....	XXII
3.1.1	Innledning.....	XXII
3.1.2	Hvordan barnets mening kommer frem i dommene.....	XXII
3.1.3	Høyesterettsdommer hvor barnet ikke ble hørt.	XXVI
3.1.4	Hvordan barnets mening vektlegges i Høyesterett.....	XXX
<u>4</u>	<u>DEL 3</u>	<u>XLII</u>
4.1	MIN VURDERING.	XLII
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE.</u>	<u>LI</u>
5.1	LITTERATUR:.....	LI

5.2	LOVREGISTER:	LI
5.3	INTERNASJONALE KONVENSJONER:	LI
5.4	FNS BARNEKOMITÉ:	LI
5.5	FORARBEIDER:	LII
5.6	DOMMER:	LII
5.7	UTREDNINGER:	LIII
5.8	INTERNETTSIDER:	LIII

1 INNLEDNING/AVGRENSNING

Barn er en sårbar menneskegruppe som trenger regler som fastsetter deres rettigheter og noen som sørger for at de blir fulgt. På grunn av at de er barn, er det vanskelig for dem å forstå, likeledes å kunne kjempe for sine rettigheter. Derfor er det viktig at deres rettssikkerhet ivaretas av andre kvalifiserte og dyktige personer slik at de blir tatt like godt vare på som andre rettssubjekter.

Jeg har valgt å se nærmere på barnets rett til å bli hørt, jf. FNs barnekonvensjonen 21. mai. Nr. 30. 1999, artikkel 12, heretter omtalt som barnekonvensjonen. Personlig synes jeg at uttaleretten er en av de viktigste rettighetene barnet har. Den involverer barnet og uttrykker respekt for barnets mening, ikke bare i store saker om barnefordeling, men også ved mindre avgjørelser internt i familien. Barns rett til å uttale seg viser barnet at det det sier er av betydning, at barnet er verdt noe og at man ikke bare kan ignorere uttalelsen. Det er tross alt avgjørelser som påvirker barnet og at det å ikke høre det vil føre til krenkelse av barnet som individ. Videre er det en rettighet som tillegges hvert barn som individ så vel som på gruppenivå.

Jeg ønsker å se nærmere på barns uttalerett i teori og praksis for å kunne belyse dens plass i norsk rett. Videre vil jeg i denne oppgaven se på hvordan lovgiver har ment at reglene skal anvendes i Norge og hvordan Høyesterett praktiserer dem. Jeg begynner min vurdering med å tolke Barnekonvensjonen artikkel 12. Det er den som har gitt grunnlaget for de norske reglene om barns rett til å bli hørt, og det er den som er den mest sentrale rettskilden innenfor barns rettigheter. Deretter vil jeg trekke ut de to mest sentrale lovene i norsk rett som angår barn. Disse to er barneloven og barnevernloven. Jeg vil således foreta en fremstilling av hvordan reglene om barns uttalerett skal forstås og anvendes i følge disse to lovene. Jeg har bestemt meg for å avgrense oppgaven til barns rett til å bli hørt i adopsjonssaker, siden dette allerede er blitt undersøkt i flere tidligere oppgaver. Etter å ha redegjort for lovverket, tar jeg så fatt på praksis. I dette tilfellet velger jeg kun å ta for meg høyesterettspraksis, i og med det er den høyeste rettsinstans i Norge og fordi deres tolkning ansees som gjeldende rett. Jeg skal nøye vurdere konkrete saker fra Høyesterett i lys av lovgivers regler om barns uttalerett. Til slutt vil jeg foreta en sammenligning av lovgivers vilje med Høyesteretts praktisering av lovverket, eventuelt hva som avviker eller samsvarer, og se på hvordan Høyesterett forholder seg til områder hvor det

enten ikke foreligger noen føringer eller hvor disse er meget uklare. Jeg ønsker ved en slik vurdering å sette regelen om barns rett til å bli hørt under lupen og dermed belyse svakheter som kan bli avhjulpet og utbedret, slik at barns rett til å bli hørt ikke bare er en rettighet i teorien, men at den virkelig er en realitet for barn i praksis. Siden barns juridiske status kom så sent på agendaen, er det fortsatt mye å ta tak i før barns rettigheter er på lik linje med andre rettssubjekter. Jeg håper at denne oppgaven kan bidra til å bringe barns rettigheter enda et steg videre mot likestilling.

2 DEL 1

2.1 INNLEDNING.

På internasjonalt nivå har vi FNs barnekonvensjon som ble vedtatt av FNs generalforsamling 20. november 1989 og ratifisert av Norge 8. januar 1991. Konvensjonen ble fremforhandlet gjennom stater og skal sikre barns juridiske status og sørge for at barns rettigheter blir gjennomført både internasjonalt og i hvert enkelt land i hele verdenen. Barnekonvensjonen ble først innført ved en såkalt passiv transformasjon i Norge. Det vil si at den norske lovgivningen harmonerte med barnekonvensjonens regler. Våre regler var tilfredsstillende nok til å kunne overholde våre barnekonvensjonsrettslige forpliktelser. Det gjøres da ingen lovvedtak for aktivt å innarbeide konvensjonen i lovgivningen. Senere ble konvensjonen inkorporert i norsk lovgivning gjennom menneskerettsloven, jf. Lovendring 1. August 2003 nr. 86. Det ble foretatt en del lovendringer for å synliggjøre bestemmelsen i konvensjonen, og det ble vedtatt at reglene som står i Barnekonvensjonen skal gjelde som norsk rett og gå foran dersom det oppstår motstrid med norsk lovgiving.¹ En inkorporering av barnekonvensjonen viser at norske myndigheter tar konvensjonen alvorlig, og at vi formelt sett oppfyller konvensjonens krav.² ”konvensjonen stadfester etter komiteens mening et viktig prinsipp: barn er å anse som et eget rettssubjekt med individuelle rettigheter som også staten har ansvar for at overholdes.”³ Gjennomføringen av barnekonvensjonen i norsk rett fører til synliggjøring av barns rettigheter og gir rammene for vårt nasjonale lovverk og praksis. Barnekonvensjonen bidrar til at barns rett til medbestemmelse blir en realitet for barn i Norge. Det at barns uttalerett er lovfestet innebærer en respekt for barns synspunkter og en anerkjennelse av barnets rettslige og sosiale status.

¹ Menneskerettsloven § 3.

² Innst.O.nr.92(2002-2003). Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i menneskerettsloven mv. Punkt 4. Sammendrag.

³ Innst.O.nr.92(2002-2003). Punkt 4. Komiteens merknader

2.2 BARNEKONVENSJONEN.

Artikkel 12 – Barns rett til å bli hørt.

Art 12.

- 1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.*
- 2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.⁴*

Barns rett til å bli hørt i artikkel 12 er en av de viktigste reglene i barnekonvensjonen. Sammen med Retten til ikke-diskriminering i artikkel 2, Hensynet til barnets beste i artikkel 3, Prinsippet om barnets rett til liv, overlevelse og optimal omsorg i artikkel 6, regnes de som de fire generelle prinsippene i Barnekonvensjonen.⁵ Det at retten til å bli hørt er et generelt prinsipp vil si at det skal benyttes ved gjennomføringene av alle rettigheter som omhandler barn, samtidig som den regnes som én frittstående rettighet.⁶ Av de fire generelle prinsippene må det påpekes at barnets rett til å bli hørt og hensynet til barnets beste har et unikt forhold. Det er en direkte sammenheng mellom de to som jeg redegjør for senere i oppgaven.

FNs barnekomité deler artikkel 12 inn i:

- 1. Barn som aktive deltakere i det sosiale samfunn.*
- 2. Barns rett til å bli hørt i rettslig og administrativ saksbehandling.*

⁴ Barnekonvensjonen (21. mai. Nr.30. 1999). Art. 12.

⁵ FNs barnekomité, General guidelines (2005)

⁶ Barnekonvensjonen (2008) s. 77

I retten til sosial deltakelse ligger det en rett til å bli hørt i familien, på skolen og i samfunnet. Barnekomiteen oppfordrer foreldre til å la barn delta i hjemmet, slik at de allerede her kan benytte seg av rettighetene sine og senere bli oppmuntret til å delta i samfunnet for øvrig. Det å la barn fritt komme til orde og uttrykke sine egne meninger, gagner hele familien.⁷

Videre er skolen en viktig arena hvor barn kan benytte seg av sine sosiale rettigheter. Skolen lærer barn å følge regler og hvor viktig det er at deres rettigheter blir overholdt. Her skal de delta sammen med andre i undervisning og i skoleaktiviteter, hvor de lærer om samspill og gjensidig respekt. Barnekomiteen mener skolen skal oppfordre barn til å delta i valg av pensum og skolens utvikling fordi deltakelse virker positivt inn på læringsprosessen. Skolen skal også lære barna om regler og juridisk situasjon, slik at de blir klar over hva slags rettigheter de besitter.⁸

”The Committee urges States parties to move from an events based approach of the right to participation to systematic inclusion in policy matters in order to ensure that children can express their views and effectively participate in all matters affecting them.”⁹

Barnekomiteen mener med dette at den anbefaler statene å forandre på utgangsposisjonen, som nå er mer hendelsesrettet, til systematisk å inkludere barn i politiske saker for å sikre at barn får ytret sin mening og effektivt få delta i alle saker som omhandler dem. For å få til dette anbefales det ”...at barn og unge trekkes direkte inn i planleggingen, utformingen, gjennomføringen og evalueringen av nasjonale handlingsplaner som gjelder barns rettigheter.”¹⁰ Videre oppfordres det til barneparlamerter siden disse bringer informasjon ned til barna om hvordan den demokratiske prosessen virker og gir en direkte linje mellom barn og beslutningstakere. Statene påminnes om at alle offentlige personer eller mennesker som jobber i kontakt med barn skal settes nøye inn i reglementet. Dette øker rettsikkerheten til barna ved at deres rettigheter blir

⁷ Barnekonvensjonen (2008) s. 80

⁸ FNs barnekomité, Day of General discussion on the Right of the Child to be heard, unedited version 29 september 2006, heretter kalt Day of General Discussion (2006). Punkt 20.

⁹ Day of General Discussion. Punkt 25.

http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/Final_Recommendations_after_dgd.doc

¹⁰ Barnekonvensjonen (2008) Kap 5. s. 81. Kirsten Sandberg.

bedre belyst og forpliktelsen til å ta barns rettigheter i betraktning ved alle beslutninger blir fulgt.¹¹

*“To speak, to participate, to have their views taken into account.”*¹² Disse tre frasene er et ledende utgangspunkt for barns sosiale rettigheter.

Barns rett til å bli hørt i rettslig og administrativ saksbehandling går i hovedsak ut på at barns uttalerett skal gjelde alle relevante områder uten begrensinger. Artikkel 12 nr 2 styrker barns uttalerett i enkeltsaker. Videre må vi passe på å tolke artikkel 12 nr 2 i lys av nr 1. Dette fremgår av ordene ”for dette formål” at de to henger sammen.

Artikkel 12 nr 2 stiller visse krav til barnet og dets uttalerett. Hvor mye vekt barnets meninger skal tillegges beror på ”dets alder og modenhet”¹³. Det at artikkel 12 ikke setter noen nedre aldersgrense for barns uttalerett må tolkes dit hen at alder ikke skal være en hindring for at barnet skal få si sin mening. Det påpekes i ”Day of General Discussion”¹⁴ at dersom et land setter en nedre aldersgrense, skal staten sørge for at det blir tilrettelagt muligheter for at også barn under den nedre aldersgrense blir hørt med den bistand og oppfølging som trengs.

Uttaleretten må sees i forhold til det enkelte barn og dets forutsetninger. Barn er veldig sårbare og det er ikke alltid de skjønner situasjonen de har kommet inn i. Videre er de veldig lette å påvirke, og barns lojalitet til sine foreldre er sterk. Derfor er det ikke alltid det er barnets mening som kommer frem, og det må man stille seg kritisk til. Dette oppstår ofte i barnefordelingssaker og gjør at vekten av barnets mening mister sin tyngde. Derimot skal barnet, som Kirsten Sandberg

¹¹ Day of General Discussion.

http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/Final_Recommendations_after_dgd.doc

¹² Day of General Discussion. Recommendations.

http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/Final_Recommendations_after_dgd.doc

¹³ Barnekonvensjonen (21. mai. Nr.30. 1999). Art. 12. Punkt 5.3.2

¹⁴ Day of General Discussion (2005) Avsnitt 51.

skriver ”uansett gis muligheten til å si sin mening og man skal legge til rette for at barnet kan gjøre dette på sine premisser.”¹⁵ Barnet trenger kun evnen til å mene noe.

Barns uttalerett gjelder i alle forhold som ”vedrører” ham eller henne. Det vil si at forholdet kun trenger å ha en eller annen innvirkning på barnet. Det stilles altså ikke strenge krav til ordet ”vedrører”. Bestemmelsen omfatter alle saker og ikke bare saker innenfor familieretten eller barnevernssaker. Det inkluderer barn som er tatt fra sine foreldre, saker om foreldreansvar og samværsrett, saker som omhandler adopsjon, barn som har begått kriminelle handlinger, barn som har blitt utsatt for fysisk og psykisk vold, seksuelt misbrukt eller andre typer misbruk, asylsøkere og flyktningsbarn, barn som har vært offer for væpnet konflikter og nødssituasjoner.¹⁶ I ”Day of General Discussion” påpekes også viktigheten av å informere barnet, som har ytret sin mening, om resultatet i saken. Spesielt dersom resultatet ble noe annet enn det barnet ønsket. Dette er en god, praktisk måte å inkludere barnet på og å vise barnet at dets mening er av betydning.

Barnet synspunkter skal tillegges behørig vekt i samsvar med dets *alder og modenhet*.¹⁷ Dette blir en konkret vurdering i hver enkelt sak om barnets personlige egenskaper og om det er i stand til å gjøre seg opp en mening. Videre må man se på om barnets mening er konsistent og reel. I dette ligger det at barnets mening er den samme over tid. At den ikke skiftes ut ettersom hvem barnet snakker med og hva slags humør barnet er i. Å være reell betyr at barnets mening er basert på virkelige fakta og at det er mulig å ta barnets mening i betraktning ved en avgjørelse.

2.2.1 Hvordan barnets mening kommer frem.

Det er viktig at barnets mening kommer frem på en riktig måte og art. 12 nr 2. nevner følgende muligheter: ”enten direkte eller gjennom en representant eller et eget organ”. Hvilken av mulighetene som blir brukt er opp til staten å vurdere, men det er viktig at barnets mening kommer frem på en best egnet måte. Det artikkel 12 mener med ”direkte”, er at barnet blir hørt

¹⁵ Barnekonvensjonen (2008) Kap 5. s.84. Kirsten Sandberg.

¹⁶ Day of General Discussion. Avsnitt 39

¹⁷ FNs barnekomité, General Comment No. 12. Avsnitt 28. Heretter kalt General Comment.

under saksbehandlingen. Barnet skal her snakke muntlig med noen som sitter i det organet som skal avgjøre saken.

Dersom barnet skal høres av en representant, er det staten som velger ut representanten fra en liste over spesielt egnede personer. Dette må være en person som kan gi barnet tilpasset informasjon og som barnet har tillitt til. Representanten kan være en av foreldrene, en advokat eller andre personer som sosialarbeidere og lignende. Dersom representanten er en forelder, kan det oppstå interessekonflikter i mange aktuelle saker. Det er derfor viktig at personen lojalt kan videreformidle barnets mening uten påvirkning.

Hvor barnet høres gjennom et egnet organ er den siste av de tre mulighetene. Da kan det være en sakkyndig med god barnefaglig kompetanse eller en dommer, både med og uten bistand, som kan være det egnede organet. Det er viktig at den sakkyndige er upartisk i saken som gjelder. Ofte i slike saker er det oppnevnt en sakkyndig til å gi en utredning slik at vi får en reell forståelse av barnets syn og bakgrunnen for dette. Da er denne sakkyndige kvalifisert til å snakke med barnet og bringe frem barnets mening.

Barns rett til å bli hørt er en rett barn har i alle saker som både direkte og indirekte involverer dem. Derimot er det ingen plikt for barnet å si sin mening. Det er helt opp til barnet selv om det vil ytre sin mening eller ikke. Dette ligger i ordet ”fritt” i ”Retten til fritt å uttrykke sine meninger”. Det innebærer også at barnet ikke skal bli presset til å komme med et bestemt syn. Barn vil ofte føle seg presset fra minst én av sine foreldre. Inneforstått i ordet ”fritt” ligger også at barnets mening skal ytres uten manipulering, påvirkning eller press på noen som helst måte.¹⁸ Det er altså barnets mening som skal komme frem, ikke andres. Slik blir retten reell.

En presisering av reglene om hvordan en samtale med barnet skal foregå er opp til hver enkelt stat, men FNs barnekomité stiller visse krav. Det er viktig at barnet får uttrykt sin mening i et miljø hvor barnet føler seg respektert og trygt.¹⁹ Videre at det blir tatt hensyn til barnets

¹⁸ General Comment no. 12. Avsnitt 22.

¹⁹ General Comment no. 12. Avsnitt 23.

individuelle egenskaper og sosiale situasjon.²⁰ Det er også viktig at høringen av barnet ikke blir gjentatt mer enn nødvendig. I enkelte saker kan slike høringer ofte frembringe vanskelige situasjoner eller minner som barnet kan bli traumatisert av.²¹

For at barns rett til å si sin mening skal bli reell må det gis informasjon til hvert enkelt barn om situasjonen det befinner seg i og hva slags rettigheter en uttalerett medfører. Likeså må det opplyses om valgene og mulighetene av denne rettigheten og konsekvensene av den. Dette er fordi barnet skal kunne være med og forstå prosessen og deretter kunne ytre sin mening med de best mulige forutsetningene informasjonen kan gi.²² Informasjonen må være tilpasset det aktuelle barnet og dets alder og modenhet. Videre er slike saker veldig vanskelige å skjønne omfanget av, og det er dermed viktig å kunne gi barnet en forenklet fremstilling som ikke medfører et skjevt bilde av saken.²³

2.2.2 Vektleggingen.

Barnets rett til å bli hørt er en sentral og viktig artikkel i barnekonvensjonen. Men for at rettigheten skal ha noen reell verdi for barnet, må den også vektlegges i praksis. I følge juridisk teori skal barnets synspunkter tillegges "...behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet."²⁴ Dette refererer til barnets kapasitet som må vurderes for å avgjøre vekten av uttalelsen.²⁵ Barnets mening må være gjennomtenkt og seriøs når det klarer å ytre en konkret mening om situasjonen. Uttalelsen veier tyngre dersom den også er vedvarende og konsistent. Ser man dette i sammenheng med alder, så får vi et inntrykk av hva som må til for å forstå hvordan barnets mening vektlegges. Alder alene er ikke avgjørende for vektleggingen. Det kan godt være at et barn over 12 år ikke klarer å gjøre seg opp en mening, mens et 7 år gammelt barn kan ha veldig klare formeninger om hva slags resultat hun eller han vil at avgjørelsen skal inneholde. Dette blir en individuell avgjørelse som beror på skjønn. Stor vekt er ikke ensbetydende med at

²⁰ Samme sted som over.

²¹ General Comment no. 12. Avsnitt 24.

²² General Comment no. 12. Avsnitt 25.

²³ Barnekonvensjonen (2008). Kap 5. s. 93. Kirsten Sandberg

²⁴ Barnekonvensjonen (21. mai. Nr.30. 1999). Art. 12.

²⁵ General Comment no. 12. Avsnitt 28.

barnets mening blir fulgt. Det skal fortsatt gjøres en helhetsvurdering av de aktuelle hensynene, men skal man komme til et annet resultat enn det barnet ønsker, så må altså motargumentene være sterkere.

Til slutt må det sies at barns rett til å bli hørt er nært knyttet til hensynet ”barnets beste”. I begrepet ”barnets beste” ligger det et moralsk kompass som skal veilede dommeren mot det mest riktige resultatet. Dette kan føre til at barnets ønske må vike for et annet utfall, fordi det ansees som det beste for barnet. Hensynet til barnets beste kan også begrunne at barnet ikke skal bli hørt under saken overhodet. I saker der dette kan være relevant er blant annet i forhold hvor barnet har alvorlige psykiske plager eller hvor det er stor belastning for barnet å bli hørt. Videre har vi tilfeller hvor barnet allerede har blitt hørt i en tidligere sak som nettopp ble avsluttet. Det er derfor ikke nødvendig å sette barnet i en slik posisjon på nytt. Barnets beste er altså det styrende og overordnede hensynet i saker om barn, og dommere i saken skal alltid komme til det resultatet som ansees å være til det beste for barnet.

Artikkel 12 i barnekonvensjonen har gitt grunnlaget for de norske reglene om barns rett til å bli hørt, og det skal bli interessant å se om vår nasjonale lovgivning harmonerer med barnekonvensjonens regler.

2.3 BARNELOVEN §31.

Barneloven skal for det første gjelde forholdet mellom foreldre og deres barn. Foreldre har et ansvar overfor sine barn, og dette kalles foreldreansvaret. Hva som ligger i dette ansvaret er i følge § 30 i barneloven, en rett og plikt til å bestemme over barnet i personlige forhold. Denne retten opphører når barnet fyller 18 år, altså når barnet når myndighetsalderen, jf. vergemålsloven § 1. Det følger av barneloven § 30, krav om å gi barnet ”..omsut og omtanke fra dei som har foreldreansvaret.” Det medfører en plikt for de som har foreldreansvaret til å forsørge og oppdra barnet, og til å gi barnet en utdanning etter evne og muligheter. Foreldreansvaret innebærer også at barnet ikke skal utsettes for vold eller bli behandlet slik at den psykiske eller fysiske helsen blir utsatt for skade eller fare, jf. tredje ledd. Disse kravene utgjør de grunnleggende rettigheter for barnet, og de som har foreldreansvaret er pliktige til å følge dem.

Videre oppstiller loven regler som begrenser foreldreansvaret. I § 30, fjerde ledd, setter loven opp vergen som den ansvarlige for å treffe økonomiske avgjørelser for barnet. I hovedsak så er den som har foreldreansvaret også vergen, men vi har tilfeller hvor dette ikke er realiteten.

En annen avgrensning er den daglige omsorgen. Det er ikke alltid at den som har foreldreansvaret har den daglige omsorgen. Eksempler på det er hvor foreldrene er skilt og barnet bor fast hos den ene. Da er det den personen som barnet bor fast hos som har den daglige omsorgen, men begge foreldrene har fortsatt foreldreansvaret.

En annen begrensning av foreldreansvaret er barns medbestemmelsesrett og selvbestemmelse. Loven er lagt opp til at barnet skal ta mer ansvar for seg selv etter hvert som det vokser til, jf. § 33. Denne selvbestemmelsesretten kommer til uttrykk også i § 32, ”barn som er fylt 15 år, avgjer sjølv spørsmål om val av utdanning og å melde seg inn i eller ut av foreiningar.” I spesiallovgivningen ser vi flere eksempler på dette. Se kirkeloven nr 3/1996 § 3 nr. 4 annet ledd, eller psykisk helsevernloven § 2-3 første ledd og § 2-2 tredje ledd. Derimot er det medbestemmelsesretten i § 31 jeg skal fokusere videre på fremover.

§ 31. Rett for barnet til å vere med på avgjerd

Etter kvart som barnet blir i stand til å danne seg eigne synspunkt på det saka dreiar seg om, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege tilhøve for barnet.

Dei skal leggje vekt på det barnet meiner alt etter kor gammalt og modent barnet er. Det same gjeld for andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjere.

Når barnet er fylt 7 år, skal det få seie si meining før det vert teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet, mellom anna i sak om kven av foreldra det skal bu hos. Når barnet er fylt 12 år skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner. ²⁶

Barneloven § 31 inneholder barns medbestemmelsesrett, også kalt uttalerett. Barn skal bli tatt med på avgjørelser etter hvert som de utvikles og modnes. De skal høres av foreldre og andre som har med barnet å gjøre, og det skal legges vekt på barnets mening.²⁷

Første ledd regulerer barns medbestemmelsesrett. Dette involverer alle barn uansett alder. Det vil si at barn skal bli hørt og deres mening skal bli tatt i betraktning ved alle avgjørelser om barnets personlige forhold. Med personlige forhold regnes avgjørelser som har en innvirkning på barnet personlig. Herunder hører blant annet avgjørelser om skolegang, medisinske forhold, grensesetting i hverdagen, påkledning mv. Medbestemmelsesretten er ikke bare rettet mot foreldrene, men mot alle som har med barnets personlige forhold å gjøre. Eksempler på dette kan være domstoler, verger, fosterforeldre, institusjoner, sykehus og lignende.²⁸

2.3.1 Vektleggingen.

Barns uttalerett i barneloven § 31. annet ledd kommer til anvendelse i saker om valg av bosted og gjennomføring av samvær. I følge ordlyden skal alle foreldre involvere barn over 7 år i slike spørsmål. Barneloven § 31 annet ledd omtaler ikke barn under 7 år, men vi kan allikevel tolke loven dit hen at også barn under 7 år kan høres dersom de har nådd tilstrekkelig modenhet.²⁹ Dette blir en skjønnsmessig vurdering av barnets kognitive tilstand som vil si barnets grunnleggende funksjoner knyttet til forståelse, problemløsning, fortolkning av hendelser,

²⁶ Barnelova. 8 april. Nr. 7. 1981

²⁷ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) Avsnitt 10.1.

²⁸ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) Avsnitt 10.1.

²⁹ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) Avsnitt 10.5.

hukommelse, språk- og begrepsdannelse.³⁰ Videre skal meningene til barn over 12 år tillegges stor vekt. Og de skal høres før det blir foretatt en avgjørelse om personlige forhold. For barn under 12 år er det underforstått at også deres mening tillegges vekt, men med mindre gjennomslagskraft enn for en 12-åring.³¹ Synspunktet til barn under 12 år vil tillegges vekt i samsvar med deres utvikling og modenhet.

2.3.2 Hvordan barnets mening kommer frem.

Det fremgår av barneloven § 61 nr 4, at dommeren kan gjennomføre samtaler med barnet, eventuelt overlate oppgaven til en sakkyndig eller annen egnet person. Fremgangsmåten for å høre barnet er vesentlig for å få frem barnets opprinnelige mening. Barne- og likestillingsdepartementet har utarbeidet en veileder som gir nærmere råd om hvordan dommere og sakkyndige bør opptre i møte med barn som skal uttale seg i barnefordelingssaker.³² ”Det må blant annet nøye vurderes hva barnet skal spørres om, og man må være varsom med å forsterke barnets opplevelse av konflikt ytterligere.”³³ Det er ofte en konflikt mellom barnets egne foreldre som ligger til grunn når et barn skal uttale seg. Med dette som utgangspunkt kan det være vanskelig for barnet å komme med en mening om resultatet. Det er ikke noe krav om at barnet bare skal bli hørt dersom det har noe konkret å si om utfallet av saken. Det kan være likeså viktig å høre om barnets hverdag og hva slags forhold det har til sine foreldre.³⁴ Dette vil kunne gi et bedre bilde av situasjonen og dermed ha betydning for avgjørelsen. ”Departementet legger til grunn at den som hører barnet etter barneloven § 31 gir barnet slik informasjon som anses tilrådelig og nødvendig for å gjennomføre en formålstjenlig samtale. Opplysningene må tilpasses barnets alder og forståelse.”³⁵ Det departementet mener med dette, er at den som skal foreta intervjuet av barnet må legge frem saken på en slik måte at barnet forstår hva saken omhandler. Først da kan barnet respondere ut fra et riktig grunnlag.

³⁰ Barne- og familiedepartement. Veileder Q-15/2004. Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene i høring av barn. Punkt 6.2.4. Heretter Veileder Q-15/2004.

³¹ NOU 2008: 9. Med barnet i fokus.

³² Veileder Q-15/2004.

³³ Ot.prp. nr 29. (2002-2003) Avsnitt 10.5.1

³⁴ Ot.prp. nr 29. (2002-2003) Avsnitt 10.5.1

³⁵ Ot.prp. nr 29. (2002-2003) Avsnitt 10.5.1

Omgivelsene der barnet skal uttrykke sin mening bør være komfortable og gi barnet en trygghetsfølelse slik at ingenting kommer i veien for barnets opprinnelige mening. Videre må barnets mening tolkes med utgangspunkt i et barneperspektiv. Man går ut ifra barnets opplevelse og tanker. Det er ikke alle ting som er like forståelig sett fra et voksent synspunkt, og ofte må man gå flere omganger i ringen før man ser hva barnet egentlig mente med det han eller hun sa. Å få frem barnets mening er ikke alltid en lett sak. I mange av konfliktene lever barnet midt oppe i det hele, og det er ikke alltid det har klart å danne seg en "egen" mening. "Barn kan påvirkes av kjærlighet, lojalitet og omsorg for sine foreldre, like vel som frykt, redsler og trusler."³⁶ Derfor er det viktig at prosessene rundt et intervju av barn gjøres nøye og av kompetente personer. Dermed vil det være barnets mening som kommer frem, og vi får et riktig utgangspunkt for at det blir en avgjørelse som er til det beste for barnet.

Barns uttalerett i § 31 i barneloven er også rettet mot dem som i en eventuell tvist skal ta den endelige avgjørelsen. Dette kan være fylkesmannen eller retten. Herunder omfattes også barnevernsnemnd og sakkyndige som blir trukket inn i saken. "De vil alle ha plikt til å påse at barnet får anledning til å uttale seg."³⁷

³⁶ Samme sted som over.

³⁷ Ot.prp. nr 29. (2002-2003) avsnitt 10.1

2.4 BARNEVERNLOVEN § 6-3.

Mens barneloven først og fremst regulerer forholdet mellom foreldre og barn, regulerer barnevernloven utøving av offentlig myndighet.³⁸ Saker etter barnevernloven kan oftest være mer inngripende enn saker etter barneloven. Dette er fordi det offentlige griper inn i familien mot foreldrenes vilje, i motsetning til barneloven hvor endring i familiesituasjonen vanligvis ønskes av den ene av foreldrene. Det er dermed enda viktigere for barnet som et rettssubjekt at de prosessuelle reglene om barns uttalerett blir overholdt og riktig gjennomført.³⁹

For å kunne kartlegge hva som er den beste løsningen for barnet i hver enkelt sak, vil barnets ønsker og behov kunne gi betydelig veiledning. Det blir tatt avgjørelser som kommer til å prege livene deres og som kan ha en innvirkning på deres personlighet og sosiale ferdigheter. Barnets uttalerett er dermed en meget viktig regel i saksbehandlingen og en sikkerhet for barnet. ”Å ikke bli hørt og forstått i spørsmål som gjelder eget liv, kan virke ødeleggende for barns utvikling.”⁴⁰ Utformingen av § 6-3 er basert på barnekonvensjonen art. 12 og barneloven § 31. Ifølge forarbeidene til barnevernloven, skal barneloven § 31 gi veiledende betydning ved bruk av Barnevernloven.

§ 6-3. Barns rettigheter under saksbehandlingen.

Et barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne. Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.

§ 6-3 lovfester barns uttalerett i barnevernssaker. Her presiseres det at barn over 7 år skal informeres og gis anledning til å ytre sin mening i barnevernssaker uansett utviklingsnivå og modenhet. Videre kan barn under 7 år benytte seg av sin medbestemmelsesrett dersom de er i stand til å danne seg egne synspunkter. Det vil si at det må foretas en konkret vurdering av det enkelte barn om det skal gis muligheten til å bli hørt. Barn under 7 år har altså ingen ubetinget uttalerett som barn over 7 år har.

³⁸ Ot.prp. nr 45. (2002-2003) Avsnitt 5.2.1

³⁹ Ot.prp. nr 45. (2002-2003) Avsnitt 5.2.1

⁴⁰ NOU 2000:12. Punkt 5.7.

2.4.1 Vektleggingen.

I annet punkt gis det veiledning om hvordan barns synspunkter skal vektlegges i saken. Vekten på det synspunktet som kommer frem, beror på barnets alder og modenhet. Dermed vil barnets synspunkt bli vektlagt tyngre dersom barnet er mer modent og/eller eldre. Det er ikke dermed sagt at barnets mening skal tillegges avgjørende vekt. Barnets mening blir tatt med i en helhetsvurdering sammen med andre gjeldende momenter som munner ut i en løsning som er til barnets beste i det enkelte tilfellet, Jf. barnevernloven § 4-1. Dersom barnets mening ikke blir fulgt, er det fordi andre tungtveiende argumenter nødvendiggjør en annen løsning.⁴¹

Det må presiseres også her at barns uttalerett ikke er en plikt. Dette kan vi lese ut av ordlyden ”gis anledning”. Det er opp til barnet om det skal benytte seg av retten til å bli hørt. Videre er det viktig å informere barnet om at det har et valg slik at det er inneforstått med det. Det er spesielt viktig at små barn ikke ansvarliggjøres og presses til å ta stilling til foreldrenes konflikter.⁴² Dersom barnet ikke har noen meninger om saken eller ikke ønsker å fremme noen ønsker, så skal det respekteres.

Under saksbehandlingen er det opp til hvert barnevernkontor å avgjøre om barnet skal høres eller ikke. Denne avveiningen baseres på skjønn i hver enkelt sak. Med det følger en stor sjanse for at hver institusjon vil utvikle sin egen praksis. Det er ikke det ultimate at praksisen avviker fra sted til sted, fordi det gjør det vanskelig å innrette seg etter reglene og å sette seg inn i hvordan systemet fungerer. Dette vil virke mot intensjonene om å gjøre barns rettigheter mer synlige for familier i møte med barnevernkontorene.

2.4.2 Hvordan barnets mening kommer frem.

For at barnets mening skal bli formidlet på en riktig måte i en rettssak, så må det være oppnevnt en person som kan representerer barnet. Representanten må ha en ”personlig egenhet til en slik

⁴¹ Ot.prp. nr 45 (2002-2003) avsnitt 5.2.2.4

⁴² Veileder Q-15/2004. Punkt 6.1.

rolle og evne til å kommunisere med barn.”⁴³ Videre bør representanten ”være klar over at barnets kognitive og emosjonelle prosesser er annerledes enn hos voksne.”⁴⁴ Dette er viktige forutsetninger for at barnets mening skal komme frem på en god å betryggende måte.

Departementet mener at en advokat er best egnet som representant for barnet, både fordi de kjenner til prosessen og fordi de vet hvordan de kan ivareta barnets interesser under saksbehandlingen. Videre er det en dommer som er adressat for representantens arbeid, og en advokat vet hva som er av relevant informasjon i saksprosessen for en dommers fastsettelse av utfallet. Derimot er en person med barnefaglig bakgrunn et godt alternativ som representant for barnet. Men det er viktig at denne fagpersonen kjenner til de grunnleggende elementer i en saksprosess slik at den kan ivareta barnets prosessuelle rettigheter.

I barnevernssaker har ofte barnets mening kommet frem gjennom barnevernets saksforberedelser og gjengitt i forslag om tiltak. Andre ganger er det oppnevnt en sakkyndig som har snakket med barnet og gjengitt dets mening i retten. Dersom ingen har gjengitt barnets mening på en tilfredsstillende måte står fylkesnemnda ganske fritt i å velge fremgangsmåter som kan sikre barns rett til å gi uttrykk for sin mening ifølge barnevernrettslig teori.⁴⁵ Knut Lindboe redegjør for de aktuelle situasjonene:

*”Hvor barnet er part, kommer barnets mening frem på denne måten i saken, eventuelt gjennom barnets advokat. Samtidig vil barnets syns bli tilstrekkelig redegjort for hvor barnet har fått oppnevnt talsperson etter § 7-4 i Barnevernloven. For øvrig vil det meste praktiske være at nemndleder, alene eller sammen med noen, kunne ha en samtale med barnet og spør om det ønsker å gi uttrykk for sin mening – og slik at barnets svar blir referert i nemndsmøtet. Det vil etter mitt skjønn bare unntaksvis være hensiktsmessig å la barnets mening komme frem på den måten at barnet møter frem i fylkesnemnda og forklarer seg for fulltallig nemnd med parter og advokater tilstede.”*⁴⁶

⁴³ Veileder Q-15/2004. Punkt 2.3.8.

⁴⁴ Veileder Q-15/2004. Punkt 2.3.8.

⁴⁵ Knut Lindboe Barnevernrett 5. Utg. s. 196.

⁴⁶ Knut Lindboe Barnevernrett 5. Utg. s. 196

Departementet hevder at den mest ryddige måten er å formidle barnets syn gjennom forutgående dommersamtale eller ved sakkyndige.⁴⁷

Det er veldig viktig å kunne se situasjonen fra et barns perspektiv. Loven har blitt forandret opp gjennom årene fra å fokusere og ta hensyns til foreldrene, til nå å rette fokus mot barna. Barns uttalerett innskrenker foreldreansvaret og gir ballen over til barnet i tvister som påvirker dem. Ofte blir avgjørelser i hjemmet tatt uten å gi barnet mulighet til å påvirke. Disse beslutningene former og påvirker barnet på mange forskjellige måter. Det er dermed viktig at vi får regler som gir barn visse muligheter til å medvirke til avgjørelser som omhandler dem. Fortsatt så har foreldre eller de som har foreldreansvaret for barnet i hovedsak det fulle ansvar for barnet. De kan beslutte og ta avgjørelser som oftest blir tatt av hensyn til barnet. Men det er ikke alle som klarer å trekke inn barnet i beslutningene og dermed blir fokuset feil. Det er her uttaleretten sikrer barnet og dets rettsposisjon.

Gjennomføringen av barnekonvensjonen i norsk lovgivning bidrar til å synliggjøre barns rettigheter på alle nivåer i vårt rettssystem. All tidligere praksis innenfor det aktuelle fagfeltet gjennomgås og innrettes etter omgjøringen av reglene. Dette har ført til synliggjøring av barns rettigheter ikke bare på offentlig nivå, men også privat. Det er viktig at familier og foreldre i dag lett skal finne ut hva som kreves av dem i møte med aktuelle situasjoner, slik at reglene får gjennomslagskraft internt i familien. Likeledes som hos barnevernet og andre offentlige organer, og helt opp til de dømmende instanser.

Barneloven og barnevernloven har begge valgt å sette en nedre aldersgrense ved barns ubetingede uttalerett. Selv om dette ikke er i strid med barnekonvensjonen⁴⁸, gjenstår det å se om den nedre aldersgrensen kan ha en betydning i praktiseringen av reglene.

⁴⁷ Veileder Q-15/2004. Punkt 6.2.6.

⁴⁸ Day of General Discussion. (2005) Avsnitt 51.

3 DEL 2

3.1 HVORDAN REGLENE OM BARNETS UTTALERETT BLIR ANVENDT I HØYESTERETT.

3.1.1 Innledning.

Jeg skal nå ta for meg en rekke relevante dommer for å belyse hvordan domstolene anvender reglene om barns uttalerett i praksis. Jeg har valgt ut høyesterettsdommer som gjelder omsorgsovertakelsessaker og barnefordelingssaker fra 2004 til 2010, til sammen 15 aktuelle dommer. Tidsrommet for dommene jeg har valgt er begrunnet i at det ble gjort endringer i reglene om barns rett til å bli hørt 1. april 2004, i forbindelse med inkorporeringen av barnekonvensjonen i norsk lov. Jeg har dermed lyst til å se hvordan Høyesterett praktiserer reglene og eventuelt hvordan de har løst uforutsette tvister som lovgiver ikke har forutsett. Videre har det også kommet en del kritikk mot hvordan lovgiver har valgt å utforme lovreglene om barns rettigheter. Det er mulig rettspraksis kan belyse om kritikken faktisk har noen verdi i virkeligheten eller bare er antakelser.

3.1.2 Hvordan barnets mening kommer frem i dommene.

For at dommeren skal fatte en beslutnings som er mest riktig, så må saken være godt opplyst. Det er dermed en forutsetning at barnets mening kommer frem og at den blir fremlagt på en riktig måte i saker vedrørende barn. I følge Barneloven § 61 punkt 4, kan barnets mening fremlegges enten gjennom sakkyndige, dommersamtale eller en annen egnet person. I Søvigs utredning uttales det at dersom barnet ikke er part i saken, inneholder barnevernloven § 6-3 ikke nærmere regler om hvordan barn skal involveres. Men fylkesnemnden kan oppnevne talsperson for barnet, jf. barnevernloven § 7-9. Det er også akseptert av Høyesterett at barn kan uttale seg gjennom sakkyndig.⁴⁹ I 15 av dommene jeg har tatt med i vurderingen er det oppnevnt sakkyndige i 9 av sakene. Ut i fra dette kan vi se at sakkyndige er de som i praksis blir mest brukt til å tolke og

⁴⁹ Søvigs utredning. 4.6 Gjennomføring av uttaleretten. s. 73.

fremlegge barnets syn. I Rt-2006-177 blir det fremlagt mange gode argumenter for at sakkyndige blir anvendt. Lagmannsretten hadde besluttet å ikke oppnevne sakkyndig fordi de mente at saken var godt nok opplyst ved sakkyndiges erklæringer som lå ved saken. Dette bestrides og den kjærende part anfører blant annet:

*”...åpenbart behov for en nøytral informasjonsanker og fagperson som kan vurdere hva som er til barnas beste.”*⁵⁰

Deres andre argument er:

*”Det er samme behov for lagmannsretten som for tingretten. Barna er i en alder hvor de skal høres. Det er uaktuelt å avhøre barna som vitner, og det er ikke ønskelig at partenes syn på hva barna ønsker skal være eneste bevismateriale om dette.”*⁵¹

Det påpekes også at det er gått lang tid mellom tingrettens behandling og ankebehandlingen, slik at det er behov for en oppdatering. Til slutt hevdes det at saken blir dårlig opplyst uten en sakkyndig.

Kjæremålsmotpartene mener at det ikke foreligger noen nye forhold etter tingrettens behandling som begrunner en ny, sakkyndig utredning.⁵² Videre blir det også lagt vekt på at *”barnas rett til å bli hørt kan ivaretas gjennom dommersamtale.”*⁵³

Høyesteretts kjæremålsutvalg kommer til at sakkyndig skal oppnevnes. Dette begrunnes med at den oppnevnte sakkyndige i tingretten hadde noen sentrale vurderinger og at han dermed må oppnevnes *”slik at han kan svare på spørsmål og gi utfyllende uttalelser.”*⁵⁴ Dommen illustrerer viktigheten av at barnets mening kommer frem på en riktig måte og at det er en kompetent person

⁵⁰ Rt-2006-177. Avsnitt 12.

⁵¹ Rt-2006-177. Avsnitt 13.

⁵² Rt-2006-177. Avsnitt 19.

⁵³ Rt-2006-177. Avsnitt 20.

⁵⁴ Rt-2006-177. Avsnitt 24.

som formidler dette synspunktet. Dette medvirker til å få saken best mulig opplyst slik at dommeren kan beslutte det mest riktige resultatet.

I en av sakene er barnets mening fremlagt ved dommersamtale. Dette er tilfelle i **Rt-2006-247**. Her blir guttens mening gitt ved dommersamtale og gjengitt i saken av førstvoterende:

”Mitt hovedinntrykk er at B er ganske godt fornøyd med den nåværende samværsordningen, men at han kan tenke seg noen overnattingssamvær hjemme hos moren, om enn ikke så mange som lagmannsretten har fastsatt.”

I høyesterettsdommen **Rt-2004-999**, har barnet fått uttale seg om omsorgsspørsmålet både gjennom en dommersamtale og til sakkyndige. Den sakkyndige gir en lang og grundig vurdering av barnets standpunkt:

”I sine utsagt er B entydig på at han ikke ønsker å bli i fosterhjemmet. Enkelte av hans handlinger og uttalelser kan tolkes i motsatt retning, men kan ikke tas som klare tegn i den retningen. Den samme ambivalensen var til stede også for ett år siden, men i dag vel så sterk og tydelig. Det er derfor sannsynlig at det foregår en kamp i B selv, en kamp hvor tanken om gjenforening muligens er den eneste tillatelige for ham i dag.”⁵⁵

Oppnevning av sakkyndige kommer klart frem i høyesterettsdommen **Rt-2005-624**. Likeledes hva deres formål er:

”Det er for høyesterett oppnevnt to sakkyndige, psykiater Michael Setsaas og psykiater Dagfinn Eide. De sakkyndige ble bedt om å vurdere Cs omsorgsbehov og mors omsorgsevne i forhold til C ved eventuell tilbakeføring. Setsaas og Eide har avgitt en felles skriftlig erklæring, og Setsaas har møtt under ankeforhandlingen og besvart spørsmål fra retten og prosessfullmektige.”⁵⁶

⁵⁵ Rt-2004-999. Avsnitt 55.

⁵⁶ Rt-2005-768. Avsnitt 11.

Her ser vi også et eksempel på at de sakkyndige ikke bare blir bedt om å utrede barnets synspunkter og meninger, men også kan vurdere andre parter i saken slik at saken blir best mulig belyst før det tas en beslutning. Det er ikke noe i veien for at den samme sakkyndige blir brukt til å utrede andre situasjoner i saken enn barnets.

En av dommene omhandler sakkyndiges habilitet. **Rt-2006-1308** gjaldt overprøving av vedtak om omsorgsovertakelse. Her kom Høyesterett frem til at ei 14 år gammel jente fortsatt skulle være under barnevernstjenestens omsorg. Det ble stilt spørsmål i saken om den sakkyndige var inhabil fordi vedkommende tidligere i samme sak hadde hatt oppdrag for kommunen som er part i saken. Dette ble avvist, og den sakkyndige ble oppnevnt både i tingretten og i lagmannsretten. I Høyesteretts redegjørelse ser vi hva som kreves for at en sakkyndig skal anses som inhabil:

”Habilitetsspørsmålet ved oppnevning av en sakkyndig for domstolene i barnevernssaker, der den aktuelle person har hatt oppdrag for kommunen i samme sak, vil kunne stille seg forskjellig, alt etter de faktiske omstendigheter. Ett av momentene som må vurderes, er på hvilket stadium og på hvilken måte den sakkyndige har vært inne i saken. Dersom den sakkyndige har fungert som en form for rådgiver for barneverntjenesten under saksbehandlingen og har kommet med sine anbefalinger, vil den sakkyndige normalt måtte anses som inhabil. En langvarig, hyppig eller nær kontakt mellom sakkyndig og barneverntjenesten vil kunne føre til samme resultat.”⁵⁷

I dommen trekker Høyesterett frem viktigheten av at en sakkyndig skal være upartisk og kunne gi en erklæring upåvirket av partene.

”Også i slike situasjoner er det en selvfølge at en sakkyndig opptrer selvstendig og uavhengig, men det er viktig at det ikke foreligger forhold som medfører at det for den private part kan oppstå tvil om uavhengigheten.”⁵⁸ ”Moen hadde ikke tidligere hatt oppdrag for kommunen, og hun ble først engasjert i forbindelse med at saken ble brakt inn for fylkesnemnda. Dette er ikke en sak der barneverntjenesten har hatt kontakt med hjemmet over lang tid, slik det ofte vil være i denne type saker. Moen fremla en grundig vurdering utredning 7. Oktober 2004 og møtte i

⁵⁷ Rt-2006-1308. Avsnitt 40.

⁵⁸ Rt-2006-1308. Avsnitt 40.

fylkesnemnda 18. Oktober. Jeg kan vanskelig se at det kan reises innvendinger mot hennes habilitet. Jeg tilføyer for øvrig at det for alle instanser i denne saken har foreligget et bredt bevismateriale knyttet til opplevelser og vurderinger fra tiden forut for og etter bekymringsmeldingene fra de skolene jentene gikk på.”⁵⁹

I begge disse to sistnevnte dommene om oppnevning av sakkyndig og om sakkyndiges habilitet, ser vi hvor strenge krav det stilles til oppnevning og bruk av sakkyndige i domstolene. Dette understreker viktigheten av reglene om barns rett til å bli hørt og at barnets mening skal komme frem på en korrekt måte, slik at dommeren får et riktig grunnlag å fastsette sin avgjørelse på. Under min vurdering kommer jeg tilbake til hva slags betydningen det har for barns uttalerett at majoriteten anvender sakkyndige.

3.1.3 Høyesterettsdommer hvor barnet ikke ble hørt.

I 3 av de utvalgte dommene dreide det seg om saksbehandlingsfeil. Her ble det ikke oppnevnt sakkyndig til å utrede og fremlegge barnas synspunkt. I **Rt-2004-811**, hadde barna ikke blitt spurt om å uttale seg i forbindelse med omfanget av samværsretten. Dette skjedde selv om utgangspunktet i følge barneloven § 31 og barnekonvensjonen artikkel 12 er at barn skal høres når det etter ”modenhet, alder og forutseneringer ellers gir grunnlag for å gjøre det.” Høyesterett kom til at anken om saksbehandlingsfeil ikke førte frem. Som begrunnelse for utfallet av saken legger Høyesterett vekt på at det er en endringssak:

”Saka i dag er spesiell fordi det ikkje er tale om ei vanleg sak om omfanget av samvær, men om ei sak om endring med grunnlag i barnelova § 39 andre ledd andre punktum. Vilåret for at ein part kan krevje endring er at ”særlege grunnar taler for det”. Denne føresegna står i kapitlet om foreldreansvar og kvar barnet skal bu fast, men etter barnelova § 47 tredje ledd gjeld ho på tilsvarande måte for saker om samværsrett. Etter same paragrafen tredje ledd trengst det ikke haldast hovudforhandling dersom det er ”openbert” at det ikkje ligg føre særlege grunnar. På

⁵⁹ Rt-2006-1308. Avsnitt 41.

dette viset må avgjerda av om C skulle høyrast, skje ut frå den litt spesielle situasjonen som ligg føre der det er tale om ny vurdering av ein samværsrett som følgjer av ein dom.”⁶⁰

Det grunnleggende prinsippet om barnets beste blir en rettesnor for vurderingen. Høyesterett foretar en vektlegging av hvor stor nytte det har for saken at barnet uttaler seg mot hvor stor belastning det vil være for barnet:

”Eit slikt reint allment krav, som nærast gjekk på omprøving av dei tidlegare rettsavgjerdene og ikkje nye opplysningar eller omstende, må i seg sjølv stå svakt med tanke på å tilfredstille kravet til særlege grunnar. Og i alle fall må dette vere for svakt til at retten kunne ha plikt til å kalle inn C for å finne ut om han ønskte å forklare seg, og i tilfelle høyre kva han hadde å seie. I seg sjølv ville berre det å ta standpunkt til om han burde eller måtte uttale se, vere svært vanskelig for C. I denne vurderinga må det ha vekt at kravet er fremja i ein sterk konfliktsituasjon mellom foreldra, og der barna har vorte trekt sterkt inn. Han ville kunne bli utsett for eit press. Utan omsyn til det ville han kome i ei lojalitetskonflikt.”⁶¹

Utgangspunktet er alltid at barnet skal høres i følge barnelova § 31 og barnekonvensjonen artikkel 12, men siden saken gjelder en endring i samværsordningen, mener dommeren at dette utgangspunktet ikke alltid står like sterkt. Barnets ønske er tidligere gjort kjent i Borgarting lagmannsrett og det vil være en stor belastning for barnet å måtte uttale seg på nytt. Med utgangspunkt i prinsippet om barnets beste og at det er en endringssak, konkluderer Høyesterett med at det ikke var en saksbehandlingsfeil at barnet ikke ble hørt. **Rt-2005-1693** gjaldt en midlertidig avgjørelse av daglig omsorg og foreldreansvar. Dommeren kom frem til at bestemmelsen i barneloven § 31 om barns uttalerett gjelder i slike saker også, men med mindre tyngde. Høyesterett kom til at det ikke var en saksbehandlingsfeil at ei jente på 10 år med et modningsnivå på under 5 år, ikke ble hørt i saken. Høyesterett går først inn på drøftelsen av spørsmålet om barn skal høres i midlertidige avgjørelser om samvær og fast bosted. Her viser de til Rt-2004-811:

⁶⁰ Rt-2004-811. Avsnitt 35.

⁶¹ Rt-2004-811. Avsnitt 49.

”..utgangspunktet om plikt til høring av barn over 7 år i barnelova § 31 ikkje står så sterkt der det er tale om ei endring av samværsordning i ei ny dom, som det ville ha stått ved den opphavlege prøvinga.”⁶²

Videre legger dommeren vekt på hensynet til barnet som en begrunnelse for hvorfor barnet ikke ble hørt:

”Barnet hadde særlege problem, og at det var behov for å verne det i ein situasjon der det var sterk konflikt mellom foreldra.”⁶³

Deretter viser utvalget til forarbeidene i Ot.prp. nr 29 (2002-2003) punkt 10.5, hvor det fremgår at senkingen av aldersgrensen til 7 år har særlig betydning i samværsaker og fast bosted. Det påpekes også i artikkel 12. Nr 2 i barnekonvensjonen at barnet ”særlig skal gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet...”⁶⁴

Utvalget konkluderer dermed med at:

”retten til å bli hørt også må gjelde når det skal takast ei mellombels avgjerd.”⁶⁵

Men dette utgangspunktet gjelder ikke alltid. Når det er snakk om midlertidige avgjørelser om hvor barnet skal bo som senere skal fastsettes ved dom, står barnets uttalerett ikke like sterkt. Høyesterett viser til andre avgjørende momenter som må tas med i vurderingen:

”Omsynet til å få ei rask behandling vil kunne vere avgjerande. Men det vil også vere eit element i ei heilskapsvurdering om eit barn har ei funksjonshemming som gjer at ein samtale vil måtte skje ved profesjonell bistand.”⁶⁶

⁶² Rt-2005-1693. Avsnitt 25.

⁶³ Rt-2005-1693. Avsnitt 25.

⁶⁴ Rt-2005-1693. Avsnitt 26.

⁶⁵ Rt-2005-1693. Avsnitt 27.

⁶⁶ Rt-2005-1693. Avsnitt 29.

Ved vurderingen om barnet skulle blitt hørt legger Høyesterett vekt på barnets kognitive egenskaper:

”utvikling og mogning svarar til eit nivå for born mellom 3 ½ og 5 år. Sjølv om C hadde fylt 11 då lagmannsretten behandla saka, kan utvalet etter dette ikkje sjå at det var nokon saksbehandlingsfeil ikkje å høyre meininga hans.”⁶⁷

Man må derfor se det i en helhet hvor flere andre momenter kan spille inn og begrunne at barnet ikke trenger å bli hørt. Høyesterett mente i dette tilfellet at det ikke var en saksbehandlingsfeil. Momentene som barnets modningsnivå, en rask behandling av saken og barnets psykisk utviklingshemming begrunnet dette. **Rt-2006-929** er også en sak om midlertidig avgjørelse hvor en gutt på 15 år ikke hadde blitt hørt, men her kom Høyesteretts skjermålsutvalg til at det var en saksbehandlingsfeil. Barna fikk i tingretten mulighet til å uttale seg til en oppnevnt sakkyndig, hvor det kom frem at de begge ville bo hos mor. Lagmannsretten vedtok en midlertidig avgjørelse uten å gi barna mulighet til å si sin mening. Dommeren henviser her til Rt-2005-1693 avsnitt 27, som jeg har nevnt over. Her ble det fastsatt at § 31 i barneloven også gjelder midlertidige avgjørelser. Den ene av barna er 15 år på tidspunktet for lagmannsrettens kjennelse, og ”det følger av barneloven § 31 at det skal legges stor vekt på hva barnet mener allerede fra det er fylt 12 år.”⁶⁸ Det foreligger etter dette en saksbehandlingsfeil som kan ha virket inn på resultatet, og lagmannsrettens kjennelse må da oppheves.

De to dommene over skiller seg ut fra Rt-2006-929, ved at prinsippet om barnets beste veier imot prinsippet om barnets rett til å bli hørt. Det legges vekt på at ved midlertidige avgjørelser så vil ikke barnets rett til å bli hørt stå like sterkt. Barns rett til å bli hørt må vike for andre momenter i saken: det at det vil være en stor belastning for barnet å bli hørt, viktigheten av en rask avgjørelse og vanskeligheter ved å få frem barnets mening. I den siste dommen er det ingen momenter som veier mot å la barnet bli hørt i saken. Dermed blir saksutfallet at det ansees som en saksbehandlingsfeil når lagmannsretten ikke hørte barnet. Disse 3 dommene gir et godt eksempel på hvordan prinsippet om barnets beste er et overordnet grunnhensyn i enhver avgjørelse, og de

⁶⁷ Rt-2005-1693. Avsnitt 31

⁶⁸ Rt-2006-929. Avsnitt 12.

viser hvordan andre rettigheter for barnet må vike når det ikke er til barnets beste. Forholdet mellom barnets beste og barnets rett til å bli hørt og deres påvirkning på utfallet, drøfter jeg nærmere under min vurdering.

3.1.4 Hvordan barnets mening vektlegges i Høyesterett.

Reglene om barns rett til å bli hørt gir anvisning om skjønnsutøvelse, og avgjørelsene innebærer et verdivalg. I vurderingen skal det legges avgjørende vekt på hensynet til barnet.

Rettsansvenderen står fritt innenfor lovens rammer til å vurdere momentene og ta et verdivalg.

Når dommeren skal treffe et resultat basert på skjønn, innebærer det at man treffer avgjørelsen på grunnlag av en vurdering han eller hun foretar. Det vil si at rettsansvenderen treffer en avgjørelse basert på sine egne verdier, normer og moralske overveielser. Problemet med dette er at det fører til uforutsigbarhet og ulik behandling. Derimot fører skjønnsregler til at man kan tilpasse reglene til de individuelle variasjonene og konkrete vurderingene i hver enkelt sak vedrørende barn.

For å redegjøre for vektleggingen av barnets mening har jeg valgt å ta utgangspunkt i alder. Jeg har delt høyesterettsdommene inn i 3 grupper: barn under 7 år, barn mellom 7 og 11 år og barn fra 12 år og oppover. Dette er fordi barneloven og delvis barnevernloven opererer med et slikt aldersskille, og dessuten for å se om dette fører til noen praktisk forskjell i vektleggingen av alder i praksis. Med alder som utgangspunkt ser jeg så på hvordan vekten av barnets mening styrkes som følge av forskjellige faktorer. Dette er for å belyse sammensetningen av faktorene og hvordan samspillet mellom dem fungerer. De faktorene som styrker barnets mening er blant annet alder og modenhet og om barnets utsagn er påvirket på noen som helst måte. Videre styrker det barnets mening om den er entydig og konsistent over lengre tid. Vektlegging av barnets mening må så vurderes i sammenheng med andre hensyn som gjør seg gjeldende i den aktuelle saken.

3.1.4.1 Barn under 7 år.

Av de 15 dommene fra Høyesterett foreligger det ikke én eneste dom hvor barnet er under 7 år.

Dette kan begrunnes med at Høyesterett er siste instans av domstolene og saken skal gjennom flere instanser først. Det tar gjerne mange år før barnefordelingssaker og

omsorgsovertakelsessaker kommer til Høyesterett. Innen den tid er barna som regel over 7 år. Det

blir dermed vanskelig å kunne si noe om hvordan meningen til barn under 7 år blir behandlet i Høyesterett og hvor ofte de blir hørt. Betydningen av slik manglende rettspraksis går jeg nærmere inn på i min vurdering.

3.1.4.2 Barn mellom 7 og 11 år.

Etter barneloven § 31 og barnevernloven skal barn over 7 år høres. Dette er ikke ensbetydende med at barnet får bestemme. Det fremkom i fem av seks dommer hva barnets mening var i aldersgruppen fra syv til elleve år. I fire av de fem sakene ble dommen i samsvar med det barna ønsket. Dette er ikke ensbetydende med at barnets mening ble tillagt vekt. Når saken allikevel fikk et utfall i samsvar med barnets ønske, var det på grunn av andre tungtveiende momenter som også begrunnet det utfallet. I Rt-2004-1046 ønsket foreldrene til ei 7 år gammel jente samværsrett. Jenta hadde blitt tatt hånd om av barnevernet i 1997 etter at hun hadde bitt påført betydelig skader, mest sannsynlig i sitt eget hjem. Høyesterett tilkjente ikke foreldrene samvær med datteren og det ble basert på jentas motvilje mot å besøke foreldrene og at kontakt med foreldrene kunne føre til reaktivering av traumer. Dommeren foretar en vurdering av hvor stor vekt barnets mening skal tillegges i forhold til de forskjellige faktorene som gjør seg gjeldende:

”Det er ingen holdepunkter for å anta at Cs uttalelser er påvirket av noen form for lojalitetskonflikt i forhold til sine fosterforeldre. Disse har tvert imot positivt tilskyndet C for at samværene skulle fungere på en best mulig måte. Selv om C står noe tilbake i sin utvikling i forhold til alderen, er det ikke tvilsomt at hun forstår hva samværene konkret innebærer. Men den betraktning at det - særlig sett i et lengre tidsperspektiv – generelt sett kan være fordelaktiv og ha opprettholdt kontakten med de biologiske foreldre, kan hun selvsagt ikke ha innsikt i. Hvor stor vekt man bør legge på hennes motvilje mot samværene avhenger etter mitt syn av hvor grunnfestet motviljen er og hva som reelt sett er årsaken til den.”⁶⁹

Selv om barnet ikke har en modenhet tilsvarende hennes alder blir hennes mening allikevel vektlagt fordi hun ansees som moden nok til å ha en realistisk oppfatning av situasjonen. Videre fremkommer det i dommen at hennes vegring mot å møte foreldrene er særlig ”bastant” og at hun

⁶⁹ Rt-2004-1046. Avsnitt 60.

viser ubehag på en ”sterk og utvetydig måte”. Det avvises at barnets mening er påvirket på noen måte og dette styrker vekten ytterligere. Høyesterett mente at foreldrenes interesser, hensynene som samvær med sine biologiske foreldre og det å kjenne til sitt opphav måtte vike for hensynet til barnets ønske, og at samvær kunne føre til reaktivering av traumer for barnet.

Også i **Rt-2010-216**, ble ønsket til ei 7 år gammel jente fulgt. Saken gjaldt blant annet fastsettelse av hvor barnet skulle bo. I dommen påpekes det at barn over 7 år skal høres før det tas avgjørelser om personlige forhold for barnet, jf. barneloven § 31. I dette tilfellet var barnet 7 år og det følger da av loven at hennes mening skal bli hørt. Barnets mening fremlegges i dommen slik:

” C har uttrykt et klart ønske om å bli boende hos mor; det er hos mor hun føler hun har sin familie, som også omfatter mors samboer, som C har et trygt forhold til. ”⁷⁰

Høyesterett kom til at barnet skulle forsette å bo hos moren fordi dette ansees som den beste løsningen for barnet. I dommen refereres utdrag av sakkyndiges vurdering:

”Vår felles vurdering er, at hensynet til mest mulig samlet foreldrekontakt – i vår sak – må vike til fordel for det som samlet sett vurderes å ville være den beste løsningen for barnet. Det er vanskelig å forutsi hvordan C vil kunne tilpasse seg og finne seg til rette i en ny tilværelse hos far – på sikt. Men på kort sikt, er det klart at det, for C, vil medføre sterke reaksjoner i form av angst, tilpasningsvansker og sorgreaksjon, hvis hun blir nødt til å flytte fra mor, til fordel for far, som hun har en så klar uttalt motvilje mot å forholde seg til. ”⁷¹

Her blir sakens utfall i samsvar med barnets ønske. Men i dommen er det andre momenter som tilknytning til skole og miljø og at flytting fra mor ville føre til sterke reaksjoner, som veier tyngst i avveiningen og som gjør at dommeren faller ned på denne løsningen.

⁷⁰ Rt-2010-216. Avsnitt 29.

⁷¹ Rt-2010-216. Avsnitt 30.

I **Rt-2006-1672** kom også Høyesterett til en avgjørelse som samsvarte med barnets ønsker. Saken gjaldt overprøving av et vedtak om omsorgsovertakelse og fastsetting av samvær. Barnet, som var en gutt på 9 år, hadde gitt uttrykk for at han ønsket å bo videre i fosterhjem. Etter en konkret vurdering kom utvalget til at omsorgsovertakelse fortsatt var den beste løsningen og samværsretten ble overholdt. Høyesteretts vurdering oppsummeres slik:

”Etter mitt syn må det ut fra de beviser som foreligger, og som først og fremst består av erklæringer fra de oppnevnte sakkyndige for lagmannsretten og høyesterett, konkluderes med at det forelå en alvorlig mangel i den omsorg C fikk før barnevernet overtok omsorgen for ham, og at det i den situasjon som forelå, var nødvendig med offentlig omsorgsovertakelse. Som følge av omsorgsvikt, understimulans og eksponering for intens og skadelig voksenkonflikt er C blitt påført det psykolog Lylum har kalt relasjonsskade, som gjør at han har et sammensatt og særskilt omsorgsbehov. Etter min oppfatning er behovet for omsorgsovertakelse fortsatt til stede. På bakgrunn av de sakkyndiges erklæringer finner jeg å måtte legge til grunn at A ikke har de forutsetninger som er nødvendige for å gi C den omsorg som han trenger. På samme måte som fylkenemnda, tingretten og de oppnevnte sakkyndige for lagmannsretten og høyesterett kan jeg ikke se at manglende ved As omsorgsevne kan kompenseres med hjelpetiltak. Jeg viser til den begrunnelse som de sakkyndige har gitt.”

Heller ikke i denne dommen er barnets ønske det avgjørende momentet. Her ser vi at resultatet blir basert på hensynet til barnet. Momentene, som mangler ved morens omsorgsevne og den psykiske belastningen det vil være for barnet å flytte, gjør at dommeren faller ned på at gutten fortsatt skal bo i fosterhjem. Dette utfallet er klart til barnets beste.

I høyesterettsdommen **Rt-2007-967**, ble det vedtatt å opprette en samværsordning mellom far og datter. Faren til ei 9 år gammel jente ønsker samvær, selv om han aldri har bodd sammen med datteren. Han hadde tidligere blitt nektet samvær på grunn av at det kunne forverre morens helsetilstand og dermed redusere hennes omsorgsevne. Barnets mening er slik det kommer frem i domsteksten:

”C har gitt uttrykk for at hu er interessert i samvær med far, og at hu også gjerne vil møte halvsøstra. Som ein følge av at mormor har hatt kontakt med farmor, har mor også kutta all kontakt med si eiga mor – mormor – med den følgje at –c i dag ikkje har kontakt med slekt verken på mors- eller farssida. C sjølv er oppteken av å få etablert kontakt med far og hans familie, som i tillegg til kjernefamilien også omfatter mellom anna besteforeldre.”⁷²

I begrunnelsen for avgjørelsen ble det lagt vekt på barnets mening og at det også var til barnets beste å ha samvær med en far eller mor som barnet ikke har bodd sammen med. Viktigheten ved at barnet får god kontakt med begge foreldrene veide tyngre enn morens problemer med samværet. Det ble vurdert av de sakkyndige at en avgjørelse i saken ikke ville forverre morens vanskeligheter, og det var derved ingen tvil om resultatet.

I den femte saken **Rt-2005-682**, ble ikke barnets ønske om å bo hos mor fulgt. Saken gjaldt spørsmålet om daglig omsorg og samværsrett for ei 10 år gammel jente. Høyesterett gikk imot jentas ønske ved å la far få den daglige omsorgen. De begrunnet resultatet med at det ville føre til best mulig stabilitet og kontakt mellom foreldrene, og dermed være det beste for barnet. Selv om barnet her hadde et stabilt og entydig ønske over lengre tid, var det altså ikke tungtveiende nok til å følge barnets mening. Det påpekes i dommen at barnets mening svekkes i avveiningen ved at den mest sannsynlig er påvirket av konflikten barnet har opplevd. Høyesteretts avveining av momentene er:

”At endring i daglig omsorg går imot det C sterkt har gitt uttrykk for som sitt ønske, har gjort avgjørelsen vanskelig. Hun er ganske stor jente nå, og hennes meninger har betydning. Men ut fra det totalbilde denne saken gir, ville det etter min mening ikke være riktig overfor C å la hennes ønske i dag være avgjørende. C og far har ikke hatt et naturlig forhold til hverandre på flere år. Hennes oppfatning er dannet i en konfliktfylt situasjon mellom foreldrene, og i disse årene har hun ikke hatt noen reell mulighet til å oppleve far som omsorgsperson. Blant annet ut

⁷² Rt-2007-967. Avsnitt 34.

fra Ds forklaringer og den sakkyndiges vurdering av Ds situasjon i dag, legger jeg til grunn at far har hatt god påvirkning på sine døtre.”⁷³

Høyesterett vurderer momentene som barnets mening , risiko ved miljøskifte og barnets følelsesmessige tilknytning til moren, men vektlegger under tvil hensynet til mest mulig stabilitet og samlet foreldrekontakt tyngst. Grunnen er at det på sikt vil være til det beste for barnet.

Høyesteretts konklusjon:

”Jeg har vært i tvil, men ut fra opplysningene i saken og redegjørelsen fra den sakkyndige er jeg kommet til å ville følge hennes råd om å la far overta omsorgen for C. Jeg er således enig i at dette må antas å ville gi henne best mulig stabilitet i tilværelsen. Vurderingen bygger blant annet på de opplysninger saken gir om mors og fars personlighet og deres karakteregenskaper, uten at jeg finner grunn til å gå nærmere inn på dette. Men i stabilitetsvurderingen ligger også at daglig omsorg hos far utvilsomt vil gi C best mulig kontakt med begge foreldre og med søsteren, uten de problemer som en kan forutse vil følge dersom C blir boende hos mor. C har behov for begge sine foreldre. Med sine ulike karakteregenskaper vil de også kunne utfylle hverandre og dermed bidra positivt til hennes utvikling.”⁷⁴ ”(...) Men ut fra det totalbilde denne saken gir, ville det etter min mening ikke være riktig overfor C å la hennes ønske i dag være avgjørende.”⁷⁵

3.1.4.3 Barn over 12 år.

Det er fastsatt i barnelova § 31 annet ledd ”Når barnet er fylt 12 år skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner.” Derimot opererer ikke barnevernloven med en 12 års grense. I stedet har de tatt med at barnet skal tillegges vekt i samsvar med dets alder og modenhet. Av totalt syv saker ble barn i fem av disse sakene gitt anledning til å uttale seg. I de to sakene hvor barna ikke fikk uttale seg ble det fremlagt påstand om saksbehandlingsfeil, hvor den ene dommen førte til opphevelse av avgjørelsen. Begrunnelsen var at det ikke var gode nok momenter som veide imot

⁷³ Rt-2005-682. Avsnitt 42.

⁷⁴ Rt-2005-682. Avsnitt 41.

⁷⁵ Rt-2005-682. Avsnitt 42.

å høre gutten. I den andre saken førte ikke saksbehandlingsfeilen frem på grunnlag av at det ikke var til barnets beste å bli hørt.

Av de fem barna som fikk uttale seg i dommen ble barnets mening tillagt vekt i 3 av sakene. Blant annet i **Rt-2004-999**, hvor saken gjaldt opphevelse av omsorgsovertakelse for en 12 år gammel gutt som bodde i fosterhjem. Her blir guttens ønske tillagt avgjørende vekt blant annet på grunn av hans alder og hans sterke ønske om å flytte hjem til mor. Høyesterett foretar en vekting av guttens mening mot andre hensyn i saken:

”I sine utsagt er B entydig på at han ikke ønsker å bli i fosterhjemmet. Enkelte av hans handlinger og uttalelser kan tolkes i motsatt retning, men kan ikke tas som klare tegn i den retningen. Den samme ambivalensen var til stede også for ett år siden, men i dag vel så sterk og tydelig. Det er derfor sannsynlig at det foregår en kamp i B selv, en kamp hvor tanken om gjenforening muligens er den eneste tillatelige for ham i dag. Jeg kan ikke se noen mer positiv holdning hos ham i retning av fosterhjemmet i dag enn den gangen. Og en kan samtidig ikke se bort fra faren for at B blir stadig mer frustrert og fastlåst i sin negativitet, og han kan komme til å gjennomføre mer drastiske handlinger.”⁷⁶

For at omsorgsovertakelse skal vedvare, fremgår det av dommen at det må foreligge en rimelig grad av sikkerhet for at barnets utvikling på lengre sikt blir best for barnet.⁷⁷ I denne saken kunne man ikke fastslå at en slik sikkerhet forelå. Barnet er her 12 år og har et fast og entydig ønske om å flytte hjem til mor. Basert på guttens ønske og at oppholdet i fosterhjemmet hadde fungert dårlig, kom Høyesterett til at omsorgsovertakelsen skulle oppheves. Dette skjedde til tross for at det var betydelig usikkerhet ved morens omsorgsevne. Selv om barnevernloven ikke opererer med 12 års grensen, ser vi her at barnets mening allikevel blir tillagt stor vekt pga barnets modenhet og alder.

I en annen sak ble barnets ønske ikke fulgt. **Rt-2006-247** gjaldt omfang av samvær mellom mor og sønn. Barnet ønsker her mer kontakt med mor, men mor lider av en manisk depressiv lidelse

⁷⁶ Rt-2004-999. Avsnitt 55.

⁷⁷ Rt-2004-999. Avsnitt 65.

og har vært i et miljø med vold og kriminalitet. Blant annet er mor dømt for oppbevaring av amfetamin og trusler og vold mot politiet. Hun har gått en stund til behandling for sin manisk depressive lidelse, men Høyesterett synes det var for tidlig å utvide samværet mellom mor og sønn. Guttens mening veide ikke tungt i helhetsvurderingen til tross for at han var 13 år gammel. Dette var blant annet begrunnet i at barnet ga tvetydige forklaringer og at han sto i et lojalitetsforhold til moren som dermed påvirket guttens mening. I tillegg virket det som om barnet var veldig fornøyd med dagens ordning. Her ser vi Høyesteretts vurdering av guttens mening:

”Jeg viser til at B er en 13 år gammel velfungerende gutt, og at mor og sønn hele tiden har hatt et nært og godt forhold. B ønsker et omfattende samvær med moren, som han også føler stor lojalitet overfor, og den samværsordningen som frem til nå har vært praktisert, har fungert på en god måte.”⁷⁸(...)”Han har forståelig nok formulert seg noe ulikt om spørsmålet. Mitt hovedinntrykk er at B er ganske godt fornøyd med den nåværende samværsordningen, med at han kan tenke seg noen overnattingssamvær hjemme hos moren, om enn ikke så mange som lagmannsretten har fastsatt.”⁷⁹

I dommen ser vi at guttens mening må vike på grunn av usikkerheten rundt morens rehabilitering. Det blir også fremhevet i dommen at den nåværende ordningen fungerer bra, og siden gutten også virker fornøyd, blir det ingen endring i samværsordningen.

I dommen uttales det at det kan fremkomme andre hensyn som gjør seg gjeldende ved tvister om samvær etter barnevernloven enn etter barneloven.

”Ved fastsettelse av samværets omfang etter omsorgsovertakelse kan de hensyn som gjør seg gjeldende til dels være andre enn i forbindelsen med samvær etter separasjon og skilsmisse. Hensynet til stabilitet og god voksenkontakt for barnet og kontinuitet i omsorgen kan ved omsorgsovertakelse medføre at et mer begrenset samvær må ansees for å være til beste for barnet, jf barneloven § 4-1. Legaldefinisjonen av vanlig samværsrett i barneloven § 44 a annet

⁷⁸ Rt-2006-247. Avsnitt 34.

⁷⁹ Rt-2006-247. Avsnitt 34.

ledd gir ikke et utgangspunkt for å fastsette samværets omfang etter barnevernsloven bestemmelser, jf Rt-1996-1684 på side 1694.”⁸⁰

Videre uttales det at kontakten mellom barnet og de biologiske foreldrene bare skal holdes vedlike hvor omsorgsovertakelse ansees som midlertidig. Når dette ikke er tilfelle vil ikke hensynet til god kontakt mellom barnet og dets biologiske foreldre veie like tungt i samværssaker etter barnevernloven.

En annen dom som også tar opp ulikhetene i vektleggingen av hensyn mellom barneloven og barnevernloven er **Rt-2006-1308**. Her ønsket snart ei snart 15 år gammel jente å flytte tilbake til mor, etter å ha bodd i fosterhjem siden hun var 12 år. Høyesterett var enig i at hennes mening skulle tillegges stor vekt på gå grunn av hennes alder og modenhet, og siden hun hadde fastholdt sitt ønske over lengre tid. Derimot veide momentet om morens manglende omsorgsevne tyngre og dommeren kom derfor til at omsorgsovertakelse skulle fortsette. I dommen kommer det frem at ved omsorgsovertakelse etter barnevernloven, så kan det komme til gjelde andre hensyn enn etter barneloven. Dette fører til at barnets mening vektlegges forskjellig i de to lovene.

”Av barneloven § 31 annet ledd fremgår at når barnet er fylt 12 år, skal det legges stor vekt på hva barnet mener. Noen slik bestemmelse finnes ikke i barnevernloven. Det er nok begrunnet i ulikheten mellom det de to lovene regulerer. Når vilkårene for omsorgsovertakelse etter barnevernloven er til stede, er situasjonen for barnet en annen enn når det ved samlivsbrudd er tvist om hvem av foreldrene som skal ha den daglige omsorgen.”⁸¹

Dommeren begrunner her hvorfor ikke barnets mening får en avgjørende vekt i denne drøftelsen. Det var andre momenter som gjorde seg gjeldende, og barnets mening måtte dermed vike for et bedre resultat for barnet.

Rt-2005-624 er en sak om omsorgsovertakelse av ei fysisk funksjonshemmet jente som er 13 og et halvt år. Høyesterett kom til at vilkårene for omsorgsovertakelse var oppfylt, og de baserte

⁸⁰ Rt-2006-247. Avsnitt 30.

⁸¹ Rt-2006-1308. Avsnitt 59.

dette på barnets mening og morens manglende omsorgsevne. Høyesteretts vurdering av momentene er:

”Selv om Cs eget ønske ikke er avgjørende for mitt standpunkt, inngår det som et moment i min samlede vurdering av om det er grunnlag for å opprettholde omsorgsvedtaket ut fra situasjonen i dag. For mor, som altså selv fortsatt er behandlingstrengende, ville det være betydelig tilleggsutfordringer å overta omsorgen i strid med Cs klart uttalte ønske. C er i en sårbar alder, og flytting fra Æ til mor i X på slike premisser ville være klart uheldig.”⁸²

I vurderingen ser vi at barnet har en klar og konsekvent mening, og siden hun er over 12 år, skal hennes ønske vektlegges. Tatt i betraktning morens personlige egenskaper og at moren også selv trenger behandling, svekker dette morens omsorgsevne for barnet. En eventuell tilbakeføring til mor ville ha vært uheldig for barnet siden hun er i en såpass sårbar alder. Barnet har også elementære behov for oppfølging og trenger derfor mye hjelp og støtte rundt seg. Ved å bo hos mor ville morens manglende evne til å samarbeide med skole og øvrige støtteapparat ført til store problemer for barnet. Det er klart at en omsorgsovertakelse her vil være til det beste for barnet. De fleste hensyn og momenter trekker i favør av denne løsningen.

Selv om resultatet i saken samsvarer med barnets ønske, så var barnets mening kun ett moment i helhetsvurderingen. Det hadde ingen avgjørende vekt i seg selv, men bidro til at dommeren samlet sett falt ned på det gitte resultat.

I Rt-2007-376, som omhandler fast bosted for ei jente på 9 år og en gutt på 12 år, går dommeren grundig igjennom hvilke faktorene som må være tilstede for at barnets mening skal tillegges betydelig vekt:

”Deres mening skal vektlegges avhengig av deres alder og modenhet og omstendigheter for øvrig. Det er ikke lovens forutsetning at barna skal bestemme selv hvem av foreldrene de vil bo hos. Dette ville også være et urimelig ansvar å legge på et barn. I tillegg kommer at barn lett blir

⁸² Rt-2005-624. Avsnitt 41.

påvirket til å støtte den av foreldrene som presser mest, eller som barnet synes mest synd på. Det er grunn til å anta at begge foreldrene deler er tilfelle i denne sak.”⁸³ (...) ”B har pekt på faren for at slike utsagn kan være påvirket av den av foreldrene som har fordel av det, og kan bli manipulert. Videre er det pekt på at barnet ikke nødvendigvis gir uttrykk for sin egentlige mening, men kan være styrt av at de synes synd på eller føler omsorg for en av foreldrene. Jeg er enig at dette generelt kan være en fare. Jeg kan allikevel ikke se at slike forhold er tilstede i denne sak, ut over den naturlige påvirkning foreldre alltid vil ha overfor sine barn.”⁸⁴

Som tidligere nevnt er det ene barnet 12 år og hans mening skal dermed tillegges stor vekt. Dette går inn under barnets alder og modenhet. Det at barnet er påvirket eller manipulert av sine foreldre kan svekke vekten av barnets mening fordi det ikke er barnets reelle mening som kommer frem. Dommeren fastslår at en slik infiltrering ikke foreligger i denne saken. Høyesteretts oppsummering av barnas ønsker er:

*”I denne saken har, særlig C, helt siden saken første gang kom opp, og gjennom alle rettsinstanser, klart gitt uttrykk for at han helst vil bo hos sin mor. Han har fastholdt dette overfor begge sakkyndige som har vært inne i saken. D har ikke vært så klar. Hun har vært tydelig på at begge løsningene er greie, men at hun i hvert fall vil være der C er.”*⁸⁵

Vi ser at det eldste barnets mening er entydig og konsistent over tid. Dette styrker vekten av barnets mening. Barnet på 9 år er ikke like bestemt i sin mening. Hun har ikke tatt et klart standpunkt til hvilken av alternativene som foretrekkes. Barnets mening vil dermed ikke bli tatt avgjørende hensyn til i vurderingen. Derimot vil hensynet til ikke å splitte søsken komme inn i vurderingen av fast bosted for det yngste barnet.

Grunnen til at drøftelsen av barnets mening blir så nøye gjennomgått i dommen er fordi det er få andre hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingen av hvilken av foreldrene som ansees som den beste muligheten for barna. Utgangspunktet var at foreldrene hadde tilnærmet lik omsorgsevne og

⁸³ Rt-2007-376. Avsnitt 13.

⁸⁴ Rt-2007-376. Avsnitt 26.

⁸⁵ Rt-2007-376. Avsnitt 24.

at barna var godt kjent hos begge foreldrenes etter å ha bodd 60/40 prosent hos hver. Barnets ønske blir derfor et veldig avgjørende hensyn i avveiningen. Det eneste hensynet som muligens kan veie mot barnets ønske er momenter som miljøskifte og risikoen ved å flytte. I denne saken er det ingen belastning eller risiko ved flyttingen, siden barna allerede bor 40 prosent hos mor og er godt kjent i området. Dermed blir avgjørelsen i saken at barna skal bo fast hos mor.

Høyesteretts vurdering av momentene og konklusjonen:

”Ut fra dette er det for meg klart at barnas ønsker, slik de har fremkommet, må tillegges en betydelig vekt. Skal man gå mot deres ønsker, må det i tilfelle være fordi miljøskifte ved flytting vil være skadelig, eller i det minste risikabelt, for dem. Jeg har kommet til at dette ikke vil være tilfelle. C og D er friske og velfungerende barn. De er sosiale og har lett for å få venner. De er allerede godt kjent i morens omgivelser, de bor hos henne 40 prosent av tiden og har etablert et nettverk også der. De vil fortsatt kunne opprettholde kontakten med miljøet rundt farens hjem, der de nå skal bi 40 prosent av tiden.”⁸⁶

⁸⁶ Rt-2007-376. Avsnitt 28.

4 DEL 3

4.1 MIN VURDERING.

I samtlige av dommene jeg har undersøkt kommer det klart frem at barn blir hørt og hva deres mening er. Dette viser at barns rettigheter er viktig i domstolene og at innføringen av barnekonvensjonen tilsynelatende sikrer rettstilstanden til barn i norsk rett.

Vi ser ut ifra høyesterettsdommene at sakkyndige blir anvendt som talerør for barna i de fleste anledninger. Dette er også akseptert ifølge lovreglene. Grunnene for dette kan være at det er lettere for barnet å si sin mening til en sakkyndig enn å uttale seg direkte for en dommer. Dette er også mer anvendelig sett fra dommerens side. Ved å benytte seg av en sakkyndig vet man at barnets mening kommer frem på en riktig måte og at meningen er reell. Rt-2006-177 viser at en sakkyndig skal være en nøytral informasjonssanker og en fagperson som kan vurdere hva som er til barnas beste. Den sakkyndige skal opptre i barnets interesse. Høy anvendelse av sakkyndige kan også være begrunnet i usikkerheten rundt de andre mulighetene. Ved oppnevning av en representant for barnet er det vanligste at en av foreldrene eller fosterforeldre blir valgt som representant. Dermed vil de i saker som barnefordelingssaker og omsorgsovertakelsessaker ofte selv være part i saken og ha en egen agenda. Dette gjør det vanskelig å vite om representanten virkelig opptre i barnets interesse eller for egen vinning. Barnets mening kan også komme frem ved dommersamtale. Dette er også en god måte å få fram barnets mening på, men det kan virke skremmende på barnet og det er ikke alltid at dommeren er kvalifisert til å foreta en slik samtale. Derimot finner jeg i to av dommene at det har funnet sted dommersamtale, blant annet i Rt-2006-247 og Rt-2004-999.

Den sakkyndiges vurdering kan ha stor betydning for utfallet av saken. Dommeren skal foreta en avveining hvor den sakkyndiges uttalelse vektet høyt. Dette kan føre til at dommeren blir styrt av fagskjønnet i stedet for å foreta en egen vurdering. Dette vil føre til at sakkyndige i slike saker vil få større makt over utfallet av saken enn de er tiltenkt. Det er derfor viktig at arbeidet til de

sakkyndige kvalitetssikres. Departementet har lagt vekt på at det ved bruk av sakkyndige ”...må stilles strenge faglige, etiske og rettsikkerhetsmessige krav.”⁸⁷

En sakkyndig skal ha den fagkunnskapen som går ut over den kompetansen dommeren besitter. Det er derfor vi benytter oss av fagpersoner i retten. Er den sakkyndige ikke tilstrekkelig oppdatert på fagfeltet sitt, vil det kunne føre til at hele dommerens vurderingsgrunnlag blir feil. Departementet påpeker at ”Den sakkyndiges vurderinger må være faglig holdbare. Det innebærer at den generelle psykologiske kunnskapen må være oppdatert og allment akseptert innenfor fagområdet.”⁸⁸

Et annet dilemma som oppstår ved bruk av sakkyndige er at den ”vedvarende kontakten mellom den sakkyndige og barneverntjenesten kan føre til mistanke om for sterke bånd, og dermed svekke tilliten til den sakkyndiges utredning.”⁸⁹

De sakkyndige blir ikke bare benyttet i retten, men også tidligere i saksbehandlingsprosessen ved at de bistår barnevernet. Det er dermed viktig at de sakkyndige overholder de etiske kravene. Det vil si at de skal ”opptre ærlig, upartisk og respektfullt overfor relevante involverte parter.”⁹⁰

Derimot er det vanskelig å kontrollere og oppdage partisk opptreden. Det har blitt hevdet fra enkelte at barneverntjenesten kun benytter «vennlighetsinnete» sakkyndige, som de på forhånd vet vil gi barnevernet støtte.⁹¹ Det er trolig et stort behov for å ytterligere å kvalitetssikre sakkyndiges arbeid. Ved å få til en bedre rutinemessig ordning og en konkret kvalitetsvurdering vil det føre til mindre mistanke rundt de sakkyndiges rolle og skape mer tillit rundt deres vurdering. Det vil også sikre bruken av sakkyndige i rettsvesenet slik at det ikke går utover barns rett til å bli hørt.

⁸⁷ NOU 2006: 9. Kvalitetssikring av sakkyndige rapporter i barnevernssaker. Punkt 6.3

⁸⁸ NOU 2006: 9. Punkt 6.2.2.

⁸⁹ NOU 2006: 9. Punkt 6.2.4.

⁹⁰ NOU 2006: 9. Punkt 6.2.6.

⁹¹ NOU 2006: 9. Punkt 6.2.5.

I juridisk teori har den nedre aldersgrensen på 7 år blitt sterkt kritisert grunnet at det ikke samsvarer med forpliktelsene etter barnekonvensjonen. Barnekomiteen hadde tidligere akseptert den nedre aldersgrensen, så lenge barnet ble sikret gjennom den skjønsmessige regelen. Derimot under den generelle kommentaren om barns rett til å bli hørt understreker komiteen at art. 12 er uten aldersgrense og at det frarådes at statene innfører aldersgrenser som kan fungere som barrierer for barns uttalerett.⁹² Ut ifra Høyesterettsdommene i perioden 2004 til 2010 om barnefordelingssaker og omsorgsfratakelsessaker, finner jeg ingen avgjørelser hvor barnet er under 7 år. Dermed kan jeg ikke fastslå hvordan Høyesterett vurderer denne skjønnsregelen i praksis. Dette bringer også med seg andre ulemper. Blant annet har de andre rettsinstansene ingen mulighet til å søke veiledning ved løsning av problemer som lovgiver ikke har gitt noen klare føringer eller hvor domstolene står ganske fritt i sine vurderinger. Vanligvis ser rettsinstansene til Høyesterett for svar og veiledning på uløste tvister de møter på. Etter endring av lovverket er det viktig at Høyesterett, vår øverste instans, skaper klare retningslinjer for hvordan slike problemer skal løses. Når retningslinjer og veiledning uteblir, må underinstansene ta et eget standpunkt og avgjøre forholdet på egenhånd. Dette kan føre til ulike tolkninger og variasjon innbyrdes i rettsystemet vårt, noe som hinder formålet med å synliggjøre barns rettigheter og øke bevisstheten overfor slike rettigheter i Norge. En nedre aldersgrense kan dermed virke som en hindring av barns uttalelsesrett og gir kritikerne rett i sine antakelser. Dersom det ikke hadde vært noen nedre aldersgrense ved barns uttalerett, hadde de lavere rettsinstanser hatt høyesterettsdommer å søke veiledning i. Dette ville ført til en mer lik og oversiktlig praktisering av barns uttalerett.

I følge lovgiver skal vektlegging av barnets mening øke i takt med modenhet og alder. Jeg kan ikke finne en eneste dom hvor ønsket til barn mellom 7 og 11 år er det avgjørende momentet i vurderingen. Det er tydelig at det må flere hensyn til for å underbygge et resultat som samsvarer med det barnet ønsker. Derimot blir barnets mening tillagt avgjørende vekt i Rt-2004-999, hvor gutten er 12 år. I saken får gutten flytte hjem til mor til tross for morens tvilsomme omsorgsevne. Selv om det også her er andre momenter som underbygger avgjørelsen, er det barnets ønske som vektlegges tyngst og som er det avgjørende momentet som får dommeren til å falle ned på det

⁹² Day of General Discussion (2006), avsnitt. 51.

gitte resultatet. Her viser Høyesterettspraksis at meningen til barn over 12 er sterkere og har mer selvstendig egenvekt i avgjørelser enn meningen til barn mellom 7 og 11 år. Det at dette er en sak etter Barnevernloven som ikke opererer med 12 års grense viser at selv om ikke Barnevernloven har en bestemt alder de tar hensyn til, blir barns mening i den alderen vektlagt tyngre enn yngre barn. Vi ser her at Høyesterettspraksis er i tråd med lovgivers tolkning av reglene.

Når vektleggingen av barnets mening er med i en helhetsvurdering, blir resultatet alltid det alternativet som er det beste for barnet. Vi kan se i flere dommer at prinsippet om barnets beste legger føring for hele vurderingen til Høyesterett. Grunnen til at mors helse blir så nøye vurdert i Rt-2007-967, er blant annet fordi det er til barnets beste at mor kan gi en forsvarlig omsorg for barnet. Det foretas en avveining mellom samvær med far eller forsvarlig omsorg, hvor forsvarlig omsorg regnes som det beste for barnet fremfor kontakt med begge foreldrene. Siden Høyesterett tolket det dit hen at mors helsetilstand ikke ville føre til omsorgssvikt, fikk far rett til samvær. Momentet barnets rett til å få samvær med begge foreldrene samsvarer med den løsningen som er til det beste for barnet. Dersom prinsippet om barnets beste begrunnet en annen løsning, ville prinsippet om barnets rett til samvær med begge foreldrene vike. Her ser vi hvordan vektingen blir av akkurat disse to prinsippene, når de står opp mot hverandre. Hensynet til barnets beste er alltid det prinsippet som vektlegges tyngst. Og uansett alder og modenhet eller hvor entydig og konsistent barnets mening er, må det alltid vike dersom hensynet til barnets beste begrunner et annet resultat. Vi kan utlede av dette at barnets uttalerett er et moment blant flere i en helhetsvurdering hvor mange momenter kan tillegges stor vekt. Hvilke momenter som veier tyngre enn andre må vurderes i hver konkret sak, men sakens utfall skal alltid være til det beste for barnet.

Vektleggingen av barnets mening blir tatt opp i flere dommer. Det fremgår at barnets mening ikke skal tillegges like stor vekt i saker om omsorgsovertakelse som i saker etter Barneoven. I Rt-2006-1308 uttaler dommeren at situasjonen er annerledes ved omsorgsovertakelse og at det er andre vilkår som gjør seg gjeldende. Dette gjenspeiles ved at man i Barnevernloven § 6-3 ikke har tatt inn 12 års bestemmelsen slik de har gjort i barneoven § 31.⁹³

⁹³ Rt-2006-1308. Avsnitt 59.

Ut ifra ordlyden i Barnevernloven og forarbeidene til den, finner vi ingen slik tolkning av reglene. Det er riktig at en slik direkte henvisning til barn over 12, ikke er tatt med i lovteksten for Barnevernloven. Derimot kan vi lese av forarbeidene til loven at både Barnekonvensjonen artikkel 12 og Barneoven § 31 skal gi veiledning i tolkningen av Barnevernloven § 6-3. Det finnes ingen bedre måte å styrke barns stilling på enn nettopp gjennom regelen om barns uttalerett. I saker etter Barnevernloven er det desto viktigere å vise at barnet er med på avgjørelsen fordi det ofte innebærer et mer inngripende tiltak i barnets liv. Det er barnet som skal leve med denne avgjørelsen resten av livet, og det fortjener å bli respektert nok til at deres mening er av betydning når det skal forme deres fremtidige hverdag. Rettssystemet må dermed vise at barnet får delta i avgjørelser som angår dem og at deres mening vektlegges i avveiningen. Grunnen til at flere dommere kommer til denne ulike vektleggingen av lovene for barn, kan være fordi det i saker etter Barnevernloven er ganske tungtveiende grunner som må tas hensyn til når et barn skal plasseres i barnevernstjenestens omsorg. Det vises gjennom praksis at det skal en del til før foreldrene mister omsorgen for sine barn, og at barnets mening har ganske liten verdi når det settes opp mot de tungtveiende hensynene som begrunner en omsorgsovertakelse. Barnet vil ofte foretrekke å bo hos sine foreldre enn på barnehjem, og det til tross for overgrep og omsorgssvikt fra foreldrene. Derfor er ikke barnet i stand til å danne seg en mening som ut ifra omstendighetene er til dets eget beste og dermed vektlegges meningen deretter.

Noen Høyesterettsdommer tok opp spørsmålet om barnets rett til å uttale seg også gjaldt ved midlertidige avgjørelser. Det ble i Rt-2005-1693 fastslått at dette er tilfelle. Dommeren begrunner sitt synspunkt med å henvise til artikkel 12 nr. 2 i Barnekonvensjonen. Her fremgår det at barnet skal gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet. Det er dermed fastsatt i henhold til rettspraksis at barns rett til å uttale seg også gjelder ved midlertidige avgjørelser. Dette synet støttes også gjennom forarbeidene, jf Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) punkt 10.5.

Vi har tidligere i vurderingen sett på hvordan hensynet til barnets beste kan føre til at barnets mening ikke blir vektlagt i en samlet vurdering. Men hensynet til barnets beste kan også føre til at barnet ikke får si sin mening overhodet. Dette kan være tilfeller hvor det vil føre til stor belastning for barnet å uttale seg, eller andre sterke grunner tilsier at barnet ikke bør si sin

mening. De to dommene nedenfor viser at barnets uttalerett måtte vike for hensynet til barnets beste og at det stilles strenge krav til en slik fravikelse av uttaleretten.

Det fremgår i flere av Høyesterettsdommene jeg har vurdert at barnets rett til å bli hørt ikke er en ubetinget rett. Dette avviker fra lovens ordlyd som betegner regelen som det gitte utgangspunkt at barn alltid skal gis muligheten til å si sin mening i saker som omhandler dem, jf Ot.prp. nr 29 (2002-2003) Avsnitt 10.1. Avgjørelsen om å høre barnet må ses ut ifra hva som er det beste for barnet, jf Barnekonvensjonen artikkel 3 og Barneloven § 48. I Rt-2005-1693 blir barnet unnlatt å høres i forbindelse med saken. Her mente dommeren at barnets uttalerett ikke sto like sterkt fordi det var et midlertidig vedtak. Utvalget legger også til grunn at barn over 7 år ikke alltid skal høres ved midlertidige avgjørelser fordi det kan være andre hensyn som kan være avgjørende. Det må foretas en helhetsvurdering i hver enkelt sak. De begrunner dette med at midlertidige avgjørelser skal skje raskt og dersom det er momenter som gjør det vanskeligere enn vanlig å få frem barnets mening, så kan man la være å høre barnet. Dette kan for eksempel være som i saken ovenfor Rt-2005-1693, hvor barnet befinner seg i utlandet og er utviklingshemmet. Det er i dette tilfellet både kostnader ved reisen og behov for bistand som må til for å få klargjort barnets mening. Dermed går dette imot hensynet til en rask avgjørelse. Høyesterett kom til at det ikke var en saksbehandlingsfeil at barnet ikke hadde blitt hørt, nettopp på grunnlag av hensynet til en rask avgjørelse. Det kritikkverdige ved dette er at det som blir fastsatt ved midlertidige avgjørelser ofte er kritisk for saken. Spesielt ved fastsettelse av fast bosted. Det er sett på som svært belastende for barnet å først å få tildelt bosted hos den ene forelderen, for deretter å måtte flytte til den andre. Barnet kan ha tilpasset seg miljøet og fått venner innen saken blir avgjort. Dermed blir ofte barnet boende hos den samme forelderen som barnet ble fastsatt å bo med ved den midlertidige avgjørelsen, noe som gjenspeiler viktigheten av også å fastsette midlertidige vedtak basert på hva barnet ønsker, siden det har en stor betydning for det endelige resultatet. Også i Høyesterettsdommen Rt-2004-811 blir barnets rett til å uttale seg fraveket. Dommeren uttaler:

”..utgangspunktet om plikt til høring av barn over 7 år i barnelova § 31 ikkje står så sterkt der det er tale om ei endring av samværsordning i ei ny dom, som det ville ha stått ved den opphavlege prøvinga.”⁹⁴

Det er altså god nok grunn til å la være å høre barnet når det er snakk om en endringssak som skal overprøve de tidligere rettsavgjørelsene og som ikke går på ny informasjon eller omstendigheter. Videre påpekes det at det vil være en belastning for barnet å måtte uttale seg på ny. Dette momentet går på prinsippet om barnets beste. Dommeren begrunner dermed unnlatelsen av å høre barnet med at det kun er snakk om en prøving av tidligere rettsavgjørelser hvor de allerede har merket seg hva barnets standpunkt er og at det vil være til barnets beste å ikke la barnet bli hørt på nytt i saken.

Ut ifra Høyesterettspraksis kan vi da legge til grunn at barnets rett til å uttale seg kan fravikes når det går imot hensynet til barnets beste. Unntaket vil være mest gjeldende ved midlertidige avgjørelser hvor hensynet til raskest mulig avgjørelse ansees å være til barnets beste. Dette gjelder også i anke- eller gjenopptakelsessaker hvor barnet har blitt hørt i tidligere rettsinstanser og det vil være belastende for barnet å bli hørt i saken på nytt. Hvorvidt man kan fravike barnets ubetingede rett til å bli hørt, beror på an avveining i hver enkelt sak og vi ser her hvor avgjørende prinsippet om barnets beste er. Prinsippet om barnets beste er forankret i både Barnekonvensjonen artikkel 3, Barneloven § 48 og Barnevernloven § 4-1. Det er et overordnet hensyn som skal være med i alle avgjørelser vedrørende barn. Det er dermed på grunnlag av dette prinsippet at det er mulig å fravike barnets rett til å bli hørt.

At uttalerett må vike for hensynet til barnets beste, stiller jeg meg kritisk til. Hvordan kan man vite at det er til barnets beste når man ikke har hørt barnet. Videre går en slik avgjørelse på bekostning av å få saken best mulig belyst. En avgjørelse blir tatt uten å ta med barnets mening som er et sentralt hensyn i helhetsvurderingen. Hvem er kvalifisert til å ta en slik beslutning? I Søvig's utredning går han inn på Høyesteretts vurdering av Rt-2004-811, hvor en gutt på 12 år

⁹⁴ Rt-2005-1693. Avsnitt 25.

ikke ble hørt fordi det var til barnets beste. Søvig stiller spørsmål ved hva som er mest belastende for gutten:

*”Å kjenne til saken, men aldri få mulighet til å uttale seg, eller få uttrykke sitt syn før tvisten avgjøres? Dersom gutten manglet kunnskap om tvisten mens den pågikk, vil han regelmessig få den en eller annen gang i ettertid. Også da kan en stille spørsmål ved hva som er mest belastende.”*⁹⁵

Dette gir et mer nyansert bilde og viser hvor viktig barns uttalerett er. Det illustrerer hvordan skadeutfallet kan bli når man prøver å skåne barnet i stedet for å la det ta del i avgjørelsene som påvirker det. Det kan foreligge relevante momenter som taler for at barnet ikke blir hørt når en dommer kommer til dette resultat. Men siden barnet ikke får mulighet til å uttale seg, får dommeren ikke med seg dette momentet i sin helhetsvurdering. Dette viser at barnets beste vurderingen mange ganger kun er antakelser og gjetninger fra dommerens side. Det sterke samspillet mellom barns rett til å bli hørt og barnets beste, skaper hindringer for hverandre i prosessen. Dette går på bekostning av barnets rettigheter. Her har dagens regelverk en viktig oppgave å løse. Reglene må gjennomgås med sikte på å få til en bedre balanse mellom disse to hensynene. Dersom man i de sakene hvor en uttalelse fra barnet går imot hensynet til barnets beste, allikevel kan få frem barnets mening på en gunstig og skånsom måte, så ville dette klart vært til barnets beste. Barnets uttalerett vil alltid være den best egnede måten for å få frem relevant informasjon om barnet, slik at man kan fastsette en avgjørelse som vil gagne barnet best. Vi ser av lovverket og Høyesterettspraksis at barnets rett til å bli hørt er en realitet. Allikevel knytter det seg en del problemer til gjennomføringen og vektleggingen av barnets mening i praksis. Blant annet er vektleggingen av barnets mening veldig variert og uforutsigbar grunnet skjønnsvurderingen og at hver enkelt sak er unik. Derimot vil en mer regulert føring på vektleggingen av hensynene føre til at dommeren ikke står like fritt i sin vurdering og viktige momenter kan da bli oversett. Dette ville igjen ført til en mindre belyst sak, noe som ikke gavner barns rettigheter. Forbedringspotensialet ligger i å finne løsninger som får barns rettigheter til å

⁹⁵ Søvigs utredning. S 82.

http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/tema/barn_og_ungdom/fns_barnekonvensjon/forholdet-mellom-fns-barnekonvensjon-og-.html?id=578239

fremstå klarere og mer forutsigbare, samtidig som det ikke må gå på bekostning av andre viktige hensyn. Denne balansegangen er nødvendig for at barns rettigheter skal tas hensyn til på best mulig måte. Uansett fremgangsmåte, så skal det være til barnets beste. Når det gjelder alder, bør det også foretas en revurdering. Dagens ordning med mange ulike aldersgrenser medfører fare for at barn faktisk ikke oppnår de rettighetene de er tilkjent i lovverket. Også i henhold til Barneloven og Barnevernloven som har et ganske helhetlig og koordinert regelverk med hensyn til alder, oppstår det ulikeheter. Ved å følge barnekomiteens anbefalinger vedrørende alder, får vi et mer oversiktlig og helhetlig bilde av barns rettigheter i norsk rett og sikrer at de oppnår de rettighetene de har krav på. Analysen min viser at det er et klart forbedringspotensiale både med hensyn til regelutformingen og til den praktiske oppfølgingen. Derfor må det foretas endringer slik at barn kan likestilles med voksne som selvstendige rettssubjekter.

5 LITTERATURLISTE.

5.1 LITTERATUR:

Lindboe – Knut Lindboe: Barnevernrett 5. utgave 2008.

Høstmælingen – Njål Høstmælingen: Barnekonvensjonen 2. Opplag 2009 ved Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.). Universitetsforlaget 2008.

5.2 LOVREGISTER:

Norges lover.

Barneloven, 13. mars. Nr. 6. 1981

Barnevernloven, 17. juli. Nr. 100. 1992

Menneskerettsloven, 21. mai. Nr. 30. 1999.

Kirkeloven, 7. juni. Nr. 31. 1996

Psykisk helsevernloven, 2. juli. Nr. 62. 1999

Vergemålsloven, 22. april. Nr. 3. 1927.

5.3 INTERNASJONALE KONVENSJONER:

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. November 1950 (EMK)

FNs konvensjon for barns rettigheter av 20. November 1989 (barnekonvensjonen)

5.4 FNS BARNEKOMITÉ:

FNs barnekomité, Day of General Discussion on the Right of the Child to Be Heard. (29 September 2006)

http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/Final_Recommendations_after_dgd.doc.

FNs barnekomité, General Comment No. 12.

FNs barnekomité, General Guidelines (2005)

5.5 FORARBEIDER:

Ot.prp.

Ot.prp. Nr. 29. (2002-2003)

Ot.prp. Nr. 45. (2002-2003)

NOU.

NOU: 2008: 9. Med barnet i fokus.

NOU: 2000:12. Barnevernet i Norge.

NOU: 2006: 9. Kvalitetssikring av sakkyndige rapporter i barnevernssaker.

Innst.O

Innst.O.nr.92(2002-2003). Innstilling fra Justiskomiteen om lov om endring i menneskerettsloven mv.

Annet.

Veileder Q-15/2004. Om nye saksbehandlingsregler i barneloven i kraft 1. april 2004.

5.6 DOMMER:

Norsk Rettstidende.

Rt-2004-999.

Rt-2004-1046.

Rt-2004-811.

Rt-2005-1693.

Rt-2005-624.

Rt-2005-682.

Rt-2006-177.

Rt-2006-247.

Rt-2006-1308.

Rt-2006-1672.

Rt-2006-929.

Rt-2007-376.

Rt-2007-967.

Rt-2010-18.

Rt-2010-216.

5.7 UTREDNINGER:

Karl Harald Søvigs utredning:

http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/tema/barn_og_ungdom/fns_barnekonvensjon/forholdet-mellom-fns-barnekonvensjon-og-.html?id=578239

5.8 INTERNETTSIDER:

www.Regjeringen.no

www.lovdata.no

